

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

COLCIVIL S.A., CONSORCIO SAN ANTONIO Y CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES S.A.

VS

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE

Bogotá D. C., 8 de marzo de 2019

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Laudo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I. ANTECEDENTES

1. PARTES

1.1. PARTE CONVOCANTE

Está conformada por: Consorcio San Antonio, identificado con el NIT 900832927-7, forma asociativa integrada por las empresas Colcivil S.A., sociedad comercial debidamente constituida por medio de escritura pública²¹¹ del 3 de febrero de 1995, otorgada en la Notaría 23 del Círculo de Medellín, a la cual corresponde el NIT 811.003.799-1 y la matrícula mercantil 21-196245-4 de la Cámara de Comercio de Medellín, con domicilio en Medellín y por Cycasa Canteras y Construcciones S.A.- Sucursal Colombia, sucursal constituida mediante escritura pública número 1683 del 9 de octubre de 2014, otorgada en la Notaría Dieciséis del Círculo de Bogotá D.C., a la cual corresponde el NIT 900.783.967-0 y la matrícula mercantil 2510153, con domicilio en Bogotá D.C., quien compareció al presente proceso por conducto de Rafael Díaz Martínez, representante legal, y de su apoderado judicial.¹ En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como la Convocante, la Demandante, el **CONSORCIO** o el **CONSORCIO SAN ANTONIO**.

1.2. PARTE CONVOCADA

Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado de Carácter Financiero, del orden nacional, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, a la

¹ Cuaderno Principal número 1, folios 170 a 199.

que corresponde el NIT 899.999.316-1, quien compareció al presente proceso por conducto de Luis Fernanda Cabrejo Felix, representante legal, y de su apoderado judicial.² En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como la Convocada, la Demandada o **FONADE**.

2. PACTO ARBITRAL

Entre el Consorcio San Antonio y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE se celebró el Contrato de Obra N° 2151046. En dicho contrato fue incluida la siguiente estipulación sobre Resolución de Controversias:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *Las partes podrán buscar solucionar en forma ágil y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, mediante la conciliación, transacción o los mecanismos que las partes acuerden según los procedimientos establecidos por la ley”.*

3. TRÁMITE ARBITRAL

El 5 de octubre de 2017 el Consorcio San Antonio formuló ante el Centro de Arbitraje y de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral en contra Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, para reclamar las pretensiones en ella contenidas.

Los árbitros del presente trámite fueron escogidos de mutuo acuerdo por las partes como aparece en las actas correspondientes de fechas 24 de octubre y 18 de diciembre de 2017.

El 28 de diciembre de 2017 la parte demandante sustituyó íntegramente la demanda arbitral.

La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia realizada el 19 de febrero de 2018, en la cual se designó al Presidente y a la Secretaria, se reconoció personería al apoderado de la demandante, entre otras decisiones de impulso procesal y, mediante auto número 2, se admitió la demanda presentada por la parte convocante disponiendo su correspondiente traslado a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Del auto admisorio de la demanda fueron notificados personalmente la entidad demandada, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en la forma prevista en el artículo 612 del Código General del Proceso.

El 17 de mayo de 2018 se recibió escrito mediante el cual la Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE contestó la demanda arbitral, propuso excepciones de mérito y presentó oposición al juramento estimatorio. Para los demás intervinientes en el proceso, el término de traslado de la demanda venció en silencio.

² Cuaderno Principal número 1, folios 386 a 390.

Se corrió traslado de las excepciones de mérito y de la oposición a la estimación jurada de las pretensiones de la demanda a la parte demandante, por auto, sin embargo, el mismo no fue descorrido, por cuanto ella reformó su demanda arbitral. La reforma fue admitida mediante auto del 30 de mayo de 2018 y se ordenó correr traslado de la misma a la parte demandada.

Después del trámite de un recurso de reposición en contra de esa decisión de la parte demandada, que no fue resuelto a su favor, la entidad demandada contestó la demanda reformada nuevamente con excepciones de mérito y oposición al juramento estimatorio.

Mediante auto de fecha 16 de julio de 2018, se corrió traslado a la parte demandante de tales excepciones y oposición; y se citó a audiencia de conciliación. En oportunidad, la parte demandante descorrió el citado traslado pronunciándose sobre las defensas esgrimidas por su contraparte y sobre la objeción del juramento estimatorio y también solicitó nuevas pruebas.

Surtido lo anterior se agotó la audiencia de conciliación, sin que las partes hubieran llegado a acuerdo alguno, y se adoptaron las disposiciones necesarias para continuar con el proceso, como lo son la fijación de honorarios y gastos que fueron pagados por ambas partes como se señaló en el Acta número 11 de este Tribunal.

El 30 de agosto de 2018, en la primera audiencia de trámite - Acta número 11-, por Auto número 17, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes. Dicho auto fue objeto de recurso de reposición por parte de la entidad convocada, que no prosperó.

En audiencia del 6 de septiembre de 2018 y luego de que cobrara ejecutoria la providencia de asunción de competencia, por Auto número 20, el Tribunal decretó, de las pruebas solicitadas por ambas partes, las siguientes:

Los documentos aportados por las partes con sus respectivos escritos procesales, y los incorporados en respuesta al oficio librado a la misma **FONADE** por petición de la demandante y por el oficio dirigido a SERINCO COLOMBIA por petición de **FONADE**.

Los testimonios de Marino Arce Trujillo, Ramiro Zapata; Diego Lizarazo; Pablo García Monteagudo; Giovanni Enrique Gartner; Ángela María Lombana; Jenny Xiomara Hernández Peñaranda; Carolina Ramírez Santamaría; Néstor Espinosa; Érika Liliana Acosta Álzate e Ignacio Martínez González. También se surtió el interrogatorio de parte del representante legal del Consorcio San Antonio, a instancia de la entidad demandada.

La inspección judicial en la obra del Consorcio San Antonio, ubicado en la ciudad de Buenaventura.

Un dictamen a ser practicado en el curso del proceso, por petición de la demandante, a cargo de un profesional en ingeniería civil con respecto a la topografía, componentes eléctricos, mamposterías y mediciones de aceros, estructuras metálicas, cubiertas y concretos en la obra del Consorcio San Antonio, así como sobre los diseños que suministró FONADE al contratista para el desarrollo y ejecución de la obra.

En el curso de seis (6) audiencias, se practicaron las pruebas antes señaladas salvo algunas de ellas,³. Como perito para el dictamen pericial a ser practicado se designó a Antonio Vargas Del Valle, quien participó en la inspección judicial y presentó su experticia, que fue objeto de solicitudes de aclaración y adición por parte de la Demandante, pero no fueron admitidas por el Tribunal⁴. Dicho dictamen no fue objeto de contradicción. Se recibieron las respuestas de **FONADE** y de Serinco Colombia a los oficios remitidos por el Tribunal, y también documentos aportados por los testigos Ángela Lombana, Marino Arce, Néstor Aníbal Espinosa Niño y Ramiro Zapata.

Terminada la etapa probatoria, como quedó constancia en el Acta número 18 del expediente de fecha 18 de enero de 2019, se fijó fecha para recibir los alegatos de los apoderados de las partes y para la presentación del concepto del Agente del Ministerio Público.

En audiencia del 19 de febrero de 2019, las partes expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos. En la misma oportunidad y forma, el señor procurador delegado para el trámite emitió su concepto. A las argumentaciones de las partes y del Ministerio Público se referirá el Tribunal al analizar y decidir cada una de las pretensiones de la demanda que son de su conocimiento, sus fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios.

El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

4. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “*al cual se adicionarán los días de suspensión*”- e “*interrupción por causas legales*”-, sin exceder la suspensión solicitada de consuno por las partes de un “*tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días*”.

La primera audiencia de trámite culminó el 6 de septiembre de 2018, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó la siguiente suspensión del proceso:

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	DÍAS
------	---------------------	------

³Los testimonios de Érika Liliana Acosta Álzate e Ignacio Martínez González fueron desistidos y el Tribunal prescindió del correspondiente a Carolina Ramírez Santamaría (Auto número 34 del 1 de noviembre de 2018, Acta número 16).

⁴ Auto número 43, Acta número 24, folios 434 a 437 del Cuaderno Principal número 4.

Acta número 16, Auto Número 35	Desde el 8 de noviembre al 16 de diciembre de 2018, ambas fechas incluidas	39
TOTAL DE DÍAS DE SUSPENSIÓN		39

En consecuencia, el término del proceso se adicionó en 39 días, por lo que vencería el 15 de abril de 2019.

5. LA DEMANDA REFORMADA

En la Demanda Reformada, la Convocante presentó a consideración del Tribunal, las siguientes pretensiones:

1. *“Que se declare que entre el Consorcio San Antonio, representado legalmente por El señor **RAFAEL DIAZ MARTINEZ** identificado con Cédula de Extranjería No. 489065, integrado por las firmas **CYCASA CANTERAS Y CONTRUCCIONES S.A.** Sucursal Colombia con NIT. No. 900.783.967-0 y **COLCIVIL S.A.** con NIT No. 811.003.799-1, y El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado de Carácter Financiero, identificada con el Nit No. 899.999.316-1 y Representada Legalmente por la señora **ALEJANDRACORCHUELO MARMOLEJO**, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.153.219 de Bogotá, se celebró el contrato de obra No. 2151046 de fecha 17 de abril de 2015, cuyo objeto es: “ Actualización, Ajuste Y/O Complementación de los Estudios y Diseños Eléctricos (Sistema de Sonido, TV, Iluminación, Normal, Regulado, Apantallamiento, Puesta a Tierra, Diseño de Cableado Estructurado Para Voz y Datos) y Ejecución de Obras Para Construcción De la Institución Educativa San Antonio en el Distrito de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca”.*
2. *Que se declare que el Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE, incumplió el contrato celebrado con el Consorcio San Antonio, conforme a lo previsto en el contrato; es decir, a las reglas de participación, la ley y la Constitución Política de 1991.*
3. *Que se declare que FONADE incumplió el contrato celebrado con el Consorcio San Antonio porque los estudios y diseños suministrados al contratista, el Consorcio San Antonio, para la ejecución de la obra contratada, son incompletos, contienen errores técnicos y, por consiguiente, no cumplen con los requisitos técnicos e ingenieriles que se requieren para el cumplimiento y ejecución de la obra; toda vez que no son idóneos, la información técnica en ellos contenida no fue veraz, completa e inequívoca para el desarrollo del proyecto.*
4. *Que se declare que FONADE incumplió el contrato celebrado con el contratista por violación al principio de planeación contractual.*

5. *Que se declare que FONADE incumplió el contrato celebrado con el Consorcio San Antonio, porque indujo en error al contratista en la entrega de unos estudios y diseños que no cumplían con los requisitos técnicos y de ingeniería requeridos para la ejecución de la obra.*
6. *Que se declare que FONADE incumplió el contrato celebrado con el Consorcio San Antonio por violación a las reglas de participación, al contrato, a la ley y a la Constitución al admitir o permitir que la firma SERINCO COLOMBIA, que actuó como interventor en el contrato estuvo en conflicto de intereses en el contrato, ya que se presenta identidad en la representación legal entre en consorcio PSA y SERINCO así como entre PEYCO y SERINCO.*
7. *Que se declare que FONADE incumplió el contrato celebrado con el Consorcio San Antonio, por cuanto habiendo suscrito un acta modificatoria al contrato el día 10 de enero de 2017, no concedió una prórroga o un plazo adecuado, razonable, justo y prudencial para ejecutar 56 ítems contractuales que se modificaron, no obstante, previa solicitud del 11 de enero de 2017.*
8. *Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que FONADE incumplió el contrato, las reglas de participación, violó la ley, los principios generales de contratación y el postulado de imprevisión y revisión del contrato contenido en el artículo 868 del Código de Comercio.*
9. *Que se declare que los actos jurídicos (informes técnicos, oficios, conceptos y valoraciones técnicas y de ingeniería) efectuados por FONADE, con base en los informes de interventoría, sobre el desarrollo del proyecto en cabeza del CONTRATISTA, el Consorcio SAN ANTONIO, son NULOS absolutamente, conforme al artículo 899, numeral 1° del Código de Comercio, por cuanto existe un conflicto de intereses por parte del interventor, que a su vez actuó como diseñador en el mismo contrato, por violación a las reglas de participación, la Constitución Política de 1991 y la ley 222 de 1995 (art. 23), al artículo 1° del decreto 1925 de 2009, a la ley 80 de 1993 y a la ley 1474 de 2011.*
10. *Que se declare que las respuestas, pronunciamientos y actos jurídicos contractuales emitidos por la doctora Carolina Ramírez Santamaría, que actúa en calidad de Gerente de Unidad Área de Contratación Controversias Contractuales y Liquidaciones, son NULOS absolutamente, por cuanto no tiene competencia para ello, habida cuenta que no existe o no existió un acto jurídico de desconcentración administrativa o de delegación de funciones por medio del cual se le confirieran facultades específicas, expresas y concretas por el órgano competente de FONADE para llevar a cabo proceso de incumplimiento contractual o proceso contractual para hacer efectivo el amparo contenido en la póliza contratada para este negocio jurídico.*
11. *Que se declare que FONADE incumplió el contrato, las reglas de participación, violó la ley y la Constitución Política de 1991, al efectuar una declaratoria de incumplimiento contractual al Consorcio San Antonio en forma ilegal y contraria a las reglas de participación, al contrato y*

la Constitución y sin la preexistencia de los presupuestos legales, fácticos y probatorios para haberlo hecho.

12. *Que se declare que FONADE incumplió el contrato, las reglas de participación, violó la ley y la Constitución al no efectuar u omitir la aplicación del Debido Proceso y de las formas propias del juicio que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 en el proceso de declaratoria de incumplimiento al contratista, el Consorcio San Antonio.*
13. *Que se declare que FONADE incumplió las reglas de participación, el contrato, la ley, la jurisprudencia SU-242 de 2015 de la Corte Constitucional y la Constitución Política de 1991 al declarar unilateralmente la terminación del contrato al Contratista, el Consorcio San Antonio, en forma exorbitante y por fuera de los términos, esto es, cuando ya había caducado el plazo para hacerlo.*
14. *Que, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento a FONADE, se realice la LIQUIDACIÓN en sede arbitral del contrato en los términos previstos por las reglas de participación, el contrato, la ley y la Constitución Política de 1991.*
15. *Que como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento contractual en contra de FONADE y de la nulidad de los actos jurídicos anteriormente enunciados, y luego de que se efectúe la liquidación correspondiente del contrato, se declare RESPONSABLE a la parte demandada, esto es, a FONADE, por los daños y perjuicios materiales causados al contratista, el Consorcio San Antonio y sus asociados.*
16. *Que se declare que FONADE debe resarcir los daños y perjuicios causados al contratista el Consorcio San Antonio y a sus socios, como consecuencia del incumplimiento contractual, de la violación a la ley, la Constitución Política de 1991 y a los deberes contractuales.*
17. *Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al pago de las siguientes sumas de dinero a la parte demandada, es decir, al Fondo Financiero para el Desarrollo de Proyectos – FONADE, en favor del Consorcio San Antonio y sus socios así:*
 - A) *Pagar la suma de (\$5.315'774.498.00), a favor de nuestro representado y a título de daño emergente. Correspondiente a los pagos pendientes por realizar de las actas Nos. 19 y 20.*
 - B) *Pagar la suma de (\$ 866'084.665.00) a favor de nuestro representado y a título de lucro cesante derivado de la Utilidad Contratada en un (5%) del valor total del contrato.*
 - C) *Pagar la suma de (\$6.893'911.285.00) a favor de nuestro representado por la cláusula penal pecuaria contenida en el contrato celebrado entre las partes.*

- D) Pagar la suma de (\$110.151.106), a favor de nuestro representado por concepto de las líneas eléctricas, acueducto y alcantarillado que se trasladaron para la ejecución de la obra al predio correspondiente.*
- E) Por la suma de (\$1.951.008.138) a favor de nuestro representado por concepto de gastos y costes de mayor permanencia en obra.*
- F) Por la suma de (\$245.260.118) a favor de nuestro representado por concepto de gastos originados desde el 4 de febrero de 2017 hasta el 10 de septiembre de 2017 por personal de administración, servicios públicos en obra, repercusión oficina central y vigilancia de obra.*
- G) Pagar los intereses comerciales causados por el daño causado, liquidados a la tasa máxima que establezca la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación.*
- H) Pagar los intereses moratorios causados por el incumplimiento de la obligación, liquidados a la tasa máxima que establezca la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se haga efectivo del pago de la obligación.*

18º. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.”

Los hechos en que la Demandante fundamentó sus pretensiones obran a folios 44 a 267 del Cuaderno Principal número 3 y a ellos se referirá el Tribunal en la parte considerativa del presente laudo.

6. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA

Al contestar la Demanda Principal Reformada, la entidad estatal convocada indicó que se oponía a todas las pretensiones formuladas por la convocante, menos a la primera y replicó los hechos propuestos, y, además, en concreto, cada una de las pretensiones salvo la primera señalada.

A partir de las oposiciones que anteceden, interpuso las excepciones siguientes:

- Excepción de Inexistencia de Pacto Arbitral
- Excepción de Falta de Jurisdicción y Falta de Competencia
- Excepción de Nadie puede alegar en su favor su propia culpa, Obligación de Observaciones a Estudios y Diseños
- Excepción de Contrato No Cumplido
- Excepción de Inepta Demanda por Falta de los Requisitos Formales y por Indebida Acumulación de Pretensiones
- Excepción sobre el Supuesto Conflicto de Interés Aludido o Inexistencia de Conflicto de Interés

También formulo objeción al juramento estimatorio.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los “presupuestos procesales” concurren en el proceso, como pasa a explicarse.

Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por medio de sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, facultad dispositiva y en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral en los contratos estatales (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; Ley 1563 de 2012; 14 de la Ley 1682 de 2013).

El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda reformada, su réplica y excepciones, por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Obra N° 2151046. La demanda inicial se presentó el 5 de octubre de 2017, durante la ejecución del Contrato y sin que se hubiera dado lugar a su liquidación, por lo cual, la acción relativa a controversias contractuales se ejerció antes del término de caducidad consagrado en la Ley 1437 de 2011.

No se observa causa de nulidad del proceso y en los diversos momentos en que se efectuó control de legalidad de la actuación ninguno de los intervinientes hizo reparos, ni tampoco el Tribunal estableció la necesidad de sanear la actuación.

2. LA COMPETENCIA

Mediante auto proferido en la primera audiencia de trámite contenido en el Acta No. 17 del 30 de agosto de 2018, el Tribunal expuso el fundamento de su decisión de asumir la competencia en este asunto, y la reitera ahora.

Teniendo en cuenta que la parte convocada formuló las excepciones perentorias o de fondo, denominadas “*INEXISTENCIA DE PACTO ARBITRAL, Y FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA*”, se abordará de manera preliminar estas excepciones, puesto que su definición corresponde a un presupuesto necesario para poder entrar a resolver las pretensiones de la demanda reformada.

Tras ser valoradas las pruebas aportadas en el proceso, en su integridad, el Tribunal confirma su competencia, conforme a los fundamentos que se exponen en adelante.

Como bien lo ha considerado la jurisprudencia nacional, y aparece de manifiesto en el artículo 3° de la ley 1563, la cláusula compromisoria corresponde a una relación sustantiva contractual, por lo que a dicho acto, le son aplicables los principios generales que rigen a todo contrato. (Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de junio 08 de 2000, Exp. 16.973 y agosto 12 de 2013, Rad. 28.730; Corte Constitucional, Sentencias C-163 de 1999 y C-248 de 1999).

Igualmente, se advierte que en el caso objeto de definición, el pacto arbitral convenido corresponde un negocio jurídico de carácter mercantil puesto que los miembros del **CONSORCIO SAN ANTONIO** son sociedades comerciales, por lo que a dicho convenio se aplicará, en primer lugar, el Código de Comercio y subsidiariamente, el Civil, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado:

*“Ahora bien, en tanto al contrato MI-100 y a la cláusula compromisoria suscrita el 6 de julio de 2004, **les resultaban aplicables, preponderantemente, aquellas reglas usuales para los contratos celebrados entre particulares, en este caso, la legislación comercial tiene carácter especial respecto de la legislación civil**, dado que el consorcio contratista se encontraba conformado por sociedades dedicadas a la actividad comercial –artículos 13-1 y 100 del Código de Comercio”.*

“A lo anterior debe agregarse que en la medida en que no existe norma legal que disponga en sentido contrario para las relaciones contractuales en las cuales intervienen o participan entidades de naturaleza pública, también será aplicable entonces el mandato consagrado en el artículo 22 del Código de Comercio, según el cual “si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

“Como antes se dejó consignado, al contrato MI-100 le resulta aplicable, de manera preferente, el régimen jurídico contenido en el Código de Comercio, así pues, la existencia o la inexistencia del pacto arbitral se debe analizar a luz de esta codificación”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 29 de 2012, Rad. 11001-03-26-000-2010-00051-00(39332)).

Aclarado lo anterior, se tiene que, el **CONSORCIO** ha sostenido reiteradamente que en ejecución del pacto arbitral convenido contrato de obra Nro. 2151046 de abril 17 de 2017, presentó una solicitud de designación de árbitros ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, y que dicha entidad fijó fecha para su nombramiento, el día 24 de octubre de 2017. (Ver el hecho 273 de la demanda reformada).

En el hecho 274, se manifiesta que efectivamente en la audiencia celebrada el 24 de octubre, se designó de común acuerdo un árbitro y, se suspendió la diligencia para designar posteriormente los dos faltantes.

En el hecho 275, la demandante expresa que el apoderado del **FONADE** solicitó el aplazamiento de la diligencia fijada para el 30 de noviembre de 2017, en la cual se designarían los dos árbitros faltantes.

En el hecho 277, el **CONSORCIO** afirma que después de la designación de todos los árbitros, de común acuerdo, el **FONADE**, contrariando sus actos propios, manifestó que no existía pacto arbitral.

Finalmente, en el hecho 278, el **CONSORCIO** reitera que entre las partes si se convino pacto arbitral, el cual está consignado en la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA del contrato, cláusula que, en todo caso, fue redactada por el **FONADE**.

Ante las afirmaciones anteriores contenidas en la demanda reformada, el **FONADE**, simplemente contestó que los hechos no le constaban y que debían probarse. Las afirmaciones de la convocante, efectivamente están probadas con los documentos adjuntados al proceso, durante la etapa precontractual.

Ahora bien, el **FONADE**, sostiene que la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA del contrato de obra 2151046, no corresponde a una cláusula compromisoria, por lo que el pacto arbitral es inexistente, y como consecuencia, el Tribunal carece de jurisdicción y competencia.

De manera que, ambas partes han invocado en auxilio de sus posiciones la misma cláusula, pero interpretándola en sentido diferente, por lo que **el problema se debe resolver procediendo a la interpretación de la referida cláusula vigésima primera**, en busca de su verdadero alcance, y como consecuencia, definir la existencia o inexistencia del convenio arbitral.

Por tanto, el Tribunal procederá al estudio correspondiente, bajo dos presupuesto diferentes, a saber:

a) La existencia de la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA del contrato de obra Nro. 2151046 de abril 17 de 2017, denominada **“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”**, la cual consta por escrito; b) La interpretación de la misma.

Se destaca, en primer lugar, que ambas partes estuvieron de acuerdo en la existencia del contrato de obra 2151046, el cual consta por escrito, y también coinciden con respecto al contenido de la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA, por lo que, para resolver sus diferencias, el Tribunal procederá a determinar cuál es la interpretación que mejor se ajusta el alcance y la aplicación práctica que las partes le han dado a la referida cláusula dentro del proceso, especialmente, la etapa prearbitral. El tenor literal es el siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *Las partes podrán buscar solucionar en forma ágil y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, mediante la conciliación, transacción o los mecanismos que las partes acuerden según los procedimientos establecidos por la ley”.*

El Tribunal quiere resaltar que la transcrita cláusula VIGÉSIMA PRIMERA, se compone de dos partes. Una primera, opcional, según la cual, los contratantes “podrán” buscar solucionar los conflictos contractuales de manera directa, acudiendo a la conciliación o a la transacción, instancia efectivamente agotada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, según se manifiesta en los hechos 59 y 60 de la demanda reformada, sin que se lograra acuerdo alguno, hechos debidamente aceptados por el **FONADE**.

La segunda parte, que tiene aplicación cuando fracase la etapa de arreglo directo, se refiere a otro mecanismo de solución de controversias diferente a la transacción o la conciliación, según la siguiente frase “... o que las partes acuerden según los procedimientos establecidos en la ley”.

Para este Tribunal, de conformidad con las comunicaciones escritas que obran en el expediente, y el comportamiento de ambas partes, se encuentra plenamente acreditado que la parte convocante y convocada entendieron haber convenido un pacto arbitral para resolver sus conflictos contractuales ante la jurisdicción arbitral, según lo convenido en la citada cláusula VIGÉSIMA PRIMERA, al tenor de la siguiente frase: “... o que las partes acuerden según los procedimientos establecidos en la ley”. Lo anterior, por cuanto ambas partes acudieron al centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá para cumplir con lo pactado, y de común acuerdo, designaron los árbitros.

De su comportamiento se infiere igualmente que, ambos contratantes entendieron que el proceso arbitral se desarrollaría de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley 1563 de 2012, por corresponder al estatuto vigente al momento de suscribir el contrato de obra Nro. 2151046, y por tal razón, el **FONADE** y el **CONSORCIO**, de común acuerdo, acudieron al trámite del proceso arbitral iniciado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, como pasa a demostrarse.

Ahora bien, habiéndose recalcado que la cláusula compromisoria corresponde a un verdadero contrato, a dicho negocio jurídico le son aplicables las reglas y principios sobre interpretación de los contratos, según lo dispuesto en los artículos 1618 a 1622 del Código Civil, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia:

“...Pues no hay que olvidar que si la voluntad de común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que atenerse más que al tenor literal”. (Sentencia C-250 de 1996).

“En el presente caso es necesario acudir a una de las llamadas reglas subjetivas, cual es la prevista en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual una vez conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a la literalidad de las palabras y esta intención, normalmente, se puede desentrañar tanto de la solicitud de cotización realizada por la entidad como de la propuesta formulada”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 06 de 2012) 19480.

“En esta breve evolución se evidencia un rasgo común, completamente vigente en Colombia, que

consiste en privilegiar la intención demostrable de los contratantes y, en tal sentido, el intérprete judicial debe profundizar en la búsqueda de ese entendimiento común, prístino, originario y auténtico que acompañó a las partes al momento de la emisión de la declaración conjunta, para lo cual resulta necesario atender a la interpretación del conjunto de los elementos de cognición textuales –palabras, oraciones, cláusulas, documentos adicionales, anexos, acuerdos, etc.– y extra textuales –principalmente el comportamiento de los contratantes–.

*“14. Con la finalidad de interpretar debidamente las cláusulas décima tercera del contrato y décima del otrosí n.º 1, **referidas al pacto arbitral** y a su modificación, es indispensable conocer aquellos textos que dieron lugar a la extensión de tales cláusulas o que las acompañaron, así como también, por supuesto, el contexto respectivo, **lo que demanda analizar documentos y situaciones que van más allá de las cláusulas mencionadas**”. (Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de junio 2 de 2011, Exp. 38619).*

Sea lo primero resaltar, para encontrar el mejor sentido de la referida cláusula vigésima primera del contrato y que esta tenga aplicación efectiva, que su sugestivo título es, precisamente, el siguiente: **“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”**, y bien se sabe que el arbitraje corresponde a un método alternativo de solución de controversias. Por tanto, resulta viable suponer que, al redactar dicha cláusula, las partes sí pudieron referirse al arbitraje.

En segundo lugar, no hay duda que en la referida cláusula vigésima primera del contrato, convocante y convocada establecieron un pacto denominado **“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”** y en su parte final, después de mencionar la conciliación y la transacción, convinieron utilizar *“...los mecanismos que las partes acuerden, según los procedimientos establecidos por la ley”*. De la simple lectura de dicho aparte, se infiere que las partes han hecho referencia a otro método alternativo de solución de conflictos que no corresponde a un arreglo directo y que se desarrolla de conformidad con el procedimiento establecido en la ley.

Por tanto, se hace necesario precisar el alcance que las partes le han dado a la frase que remite a los *“procedimientos establecidos por la ley”*, puesto que en la interpretación de una cláusula contractual, **incluso si se trata del pacto arbitral, se debe preferir el sentido en que lo convenido produce efectos:**

*“De aquí se infiere, **en aplicación del principio de conservación de los contratos –art. 1620 C.C.- que las partes si buscaron excluir de la justicia administrativa los conflictos derivados de la ejecución del contrato de suministro, a través de un pacto compromisorio**”. (Consejo de Estado, Sección tercera, agosto 19 de 2011, Exp. 40194).*

“Interpretar en sentido contrario la cláusula en cuestión, para restarle los efectos que de la misma se derivan, solo equivaldría a desconocer, palmariamente el mandato consagrado en el artículo 1620 del Código Civil, según el cual <el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá

preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno>”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 32871 de diciembre 04 de 2006).

“No existen fórmulas sacramentales para la estipulación de la cláusula compromisoria ni para la celebración del compromiso, e inclusive, el silencio de las partes frente a algunos aspectos, en el primer caso, como ocurre con la determinación de las reglas de procedimiento aplicables por ejemplo, es resuelto por la norma al determinar que, en tal caso, se entenderá que el arbitraje es legal”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de abril de 2002. Expediente 21.652).

Para el Tribunal, la cláusula vigésimo primera del referido contrato de obra Nro. 2151046, si contiene un verdadero pacto arbitral, según la clara intención de los contratantes, **intención que se deriva de las múltiples actuaciones y comunicaciones de las partes, durante la tramitación del proceso:**

*“Aun admitiendo, en gracia de discusión, que las deficiencias de redacción y precisión de la cláusula compromisoria fueran de tal magnitud que la harían jurídicamente inexistente, **la sala advierte diversos documentos que daban cuenta de la voluntad clara e inequívoca de los contratantes de acudir a un tribunal de arbitramento. Dichos elementos de convicción llenaban entonces el –supuesto– vacío que el Consejo de Estado encontró, cuando sostuvo que lo que las partes pretendieron fue reiterar la necesidad de expresar la voluntad de someterse al arbitraje una vez se presentaran las diferencias insalvables”.** (Sentencia T-511 de 2011).*

La primera regla y más significativa con respecto a la interpretación de los contratos, enseña que prevalece la intención de las partes sobre lo literal de las palabras (artículo 1618 del C.C.). Ahora bien, para precisar en mejor forma la intención de las partes, **se ha dicho que resulta relevante la aplicación práctica que de la cláusula específica hayan hecho ambas partes contratantes, o una de ellas, con la anuencia de la otra:**

*“No puede perderse de vista, así mismo, por las repercusiones que tiene en este litigio, que en la interpretación de las cláusulas contractuales, **es significativa la aplicación práctica que de ella hubieren hecho ambas partes, o una de estas con aprobación de la otra,** pues es palmario que su proceder contribuye vigorosamente a esclarecer su sentido, como atinadamente lo ponen de presente las prescripciones del artículo 1622 ibídem”.(Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 30 de noviembre de 2005, Exp. 3219).*

*“Y abandonando esa línea interpretativa, implementando otro mecanismo para enriquecer la conclusión sobre el verdadero querer de los interesados; tratando de encontrar luces sobre el tema **a partir de lo que las partes ejecutaron luego de perfeccionado el contrato,** como refrendación de lo concertado, aparece la carta que la distribuidora envió a la proveedora con fecha 21 de mayo de 2002...”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de mayo 13 de 2014, Exp. 11001 31 03 039 2007 00299 01).*

*“La Sala considera que si bien es cierto que en los términos del artículo 1618 del Código Civil la <intención de los contratantes> debe prevalecer sobre <lo literal de las palabras>, también lo es que la búsqueda de esa común intención se sujeta, en primer término, a lo que se puede deducir del texto correspondiente **y del comportamiento relevante de las partes**, en atención a lo dicho, entre otras normas, en el inciso primero del artículo 1622 del mismo cuerpo legal, según el cual: <Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad>”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 18 de 2012, Exp. 15.596).*

Igualmente, se ha manifestado que **resulta relevante el comportamiento de las partes, antes y después de la celebración del contrato**, como elemento importante para derivar la intención común de los contratantes:

*“Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5º y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes **y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración**, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 24 de julio de 2012, Expediente 2005-00595-01).*

En el caso de autos, el comportamiento común de ambas partes, permite concluir que cuando el **CONSORCIOSAN ANTONIO** y el **FONADE**, en la cláusula vigésima primera del contrato de obra 2151046, convinieron acudir, como fórmula para la solución de las futuras controversias y discrepancias que surgieran del contrato “... a los mecanismo que las partes acuerden...según los procedimientos establecidos en la ley”, **su manifiesta y mutua intención era que las diferencias fueran resueltas por medio del proceso arbitral**, el cual es el único método alternativo de solución de controversias que se tramita “...según los procedimientos establecidos en la ley”.

En realidad, en cuanto a los métodos alternos de solución de conflictos, el legislador solamente regula “el procedimiento”, con respecto al juicio arbitral, en la Ley 1563 de 2012, por lo que resulta coherente que cuando fracasó la instancia de la conciliación, ambas partes, de común acuerdo, hayan decidido concurrir al proceso arbitral, por ser este, se insiste, el único método alternativo cuyo procedimiento está regulado en la ley.

Además, ese querer común de acudir a la instancia arbitral, se refleja en las siguientes actuaciones y omisiones de las partes, especialmente del **FONADE**, según pruebas documentales que obran en el proceso:

1. El **CONSORCIO** presentó la demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el día 05 de octubre de 2017, solicitando el auxilio de dicha entidad en la integración del Tribunal arbitral.

2. El centro de arbitraje de la Cámara de comercio citó a las partes a la audiencia de designación de árbitros y ambas partes concurrieron a esta diligencia, sin reparo alguno, según consta en el acta de fecha del 24 de octubre de 2017.
3. En dicha diligencia procedieron, de común acuerdo, a designar como árbitro al Dr. John Jairo Morales A., y en el acta que se suscribió de común acuerdo, se deja constancia que ese mismo día, la parte convocante entregó a la parte convocada, una copia de la demanda arbitral.
4. Posteriormente, el apoderado del **FONADE** solicita al centro de arbitraje el aplazamiento de la audiencia fijada para noviembre 30 de 2017, con la finalidad de continuar con la designación de árbitros, pero que por motivos de trabajo, no podía asistir el día 30.
5. En la misma comunicación, el apoderado del **FONADE** informó que la secretaría jurídica de la presidencia y la Agencia Nacional de la Defensa Judicial **ya habían aprobado la lista de posibles árbitros, según los nombres establecidos de común acuerdo.**
6. Igualmente, mediante acta de reunión conjunta del 18 de diciembre de 2017, se designaron, también de común acuerdo, los dos árbitros restantes.
7. El **FONADE** no contravirtió el contenido del acta de instalación de este Tribunal, de fecha 19 de febrero de 2018, en cuyo texto se dejó constancia en el sentido que en la audiencia de designación de árbitros celebrada el 18 de diciembre de 2017, las partes, de común acuerdo, **decidieron continuar con la tramitación del proceso arbitral, para que fueran los árbitros mismos quienes definieran la existencia o inexistencia del convenio arbitral.**
8. El **FONADE** tampoco presentó ningún recurso contra el auto admisorio de la demanda arbitral proferido el día 19 de febrero de 2018, momento procesal oportuno y muy importante para alegar la inexistencia de la cláusula compromisoria.
9. Mediante memorial presentado el día 26 de abril de 2018, el **FONADE** se opuso a las medidas cautelares solicitadas por los convocantes, sin manifestar la inexistencia de un pacto arbitral;
10. Mediante memorial presentado el día 15 de mayo del 2018, el **FONADE** solicita mantener el auto de fecha abril 5 de 2018, mediante el cual se negaron las medidas cautelares, oportunidad en la cual tampoco alegó la inexistencia del pacto arbitral.
11. Solamente el día 17 de mayo de 2018, al contestar la demanda arbitral, el **FONADE** propuso las excepciones de mérito denominadas: INEXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL y FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA, ambas basadas en la inexistencia del convenio arbitral.

12. Contra el auto de mayo 30 de 2018, mediante el cual se admitió la reforma de la demanda, el **FONADE** tampoco interpuso recurso alguno, guardando silencio con respecto a la existencia de la cláusula compromisoria.

De los doce (12) hechos reseñados anteriormente por el Tribunal como actos propios, el único realmente controvertido por la convocante durante la primera audiencia de trámite, fue el referente al acta de la audiencia celebrada el 18 de diciembre de 2017, manifestando que en dicha diligencia el **FONADE** dejó constancia sobre la inexistencia del pacto arbitral.

Con respecto a este punto específico quiere resaltar el Tribunal que, si bien el apoderado del **FONADE** manifestó en la referida audiencia que no se evidenciaba la existencia de cláusula compromisoria, el apoderado del **CONSORCIO** se opuso a tal afirmación expresando: “... *en específico el principio indubio pro arbitral será el Tribunal de Arbitramento quien decida la viabilidad del proceso*”. Resulta notorio que efectivamente el representante del **FONADE** finalmente aceptó que sería el Tribunal de Arbitramento el que definiera el asunto, tanto que con posterioridad a su constancia sobre inexistencia de convenio arbitral, y de común acuerdo, se procedió a nombrar los árbitros faltantes.

Se insiste, lo que resulta más significativo con respecto a todas las actuaciones anteriormente referenciadas, es que, el 18 de diciembre de 2017, ambas partes, de común acuerdo, procedieron a designar los dos árbitros faltantes y decidieron delegar en los árbitros la decisión relativa a determinar la existencia o inexistencia del pacto arbitral. Consecuentemente con lo anterior, el 17 de mayo de 2017, es decir 6 meses después, el **FONADE** otorga competencia a los árbitros para que decidan este mismo asunto, no de manera previa, sino al proferir el laudo, según excepción de fondo formulada al contestar la demanda reformada.

Por tanto, según el comportamiento de ambas partes, y en razón a la ejecución práctica del contrato, se concluye que cuando se convino, la cláusula vigésima primera del contrato de obra 215104, la intención de las partes fue la de acordar que las controversias contractuales se tramitaran por la vía del proceso arbitral, si fracasaba la conciliación. Entonces, acreditada la mutua intención de resolver los conflictos por la vía arbitral, se entiende convenida la cláusula compromisorio, debido a que para su formación no se exigen frases sacramentales, siendo que el único elemento esencial a dicho negocio jurídico, consiste, precisamente, en la intención de acudir al arbitraje, como lo expresa la jurisprudencia:

“El Consejo de Estado distorsionó insalvablemente la intención de las partes de acudir al arbitraje, cuando sostuvo que ello era consecuencia de la falta de “claridad, precisión o determinación concreta y específica” acerca de cuál de los mecanismos alternativos de solución de conflictos debía aplicarse, y de la total ausencia de “condiciones de tiempo, modo o lugar para que opere una de esas varias alternativas”. Entendió equivocadamente como elementos esenciales del contrato requisitos que

*ni la legislación vigente ni la jurisprudencia han impuesto, incurriendo en un **defecto sustantivo** por interpretación manifiestamente irrazonable de las disposiciones normativas aplicables.*

*En consecuencia, la Sala debe concluir que el Consejo de Estado, al exigir absoluta precisión y claridad sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debía operar la habilitación de los árbitros como requisito para la existencia de la cláusula compromisoria, incurrió en un **defecto sustantivo**, ya que, conforme a la normativa vigente, **basta que el pacto arbitral contenga la intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia**”.*

*“El pacto arbitral, en tanto negocio jurídico de derecho privado, debe leerse por regla general a la luz de los principios de hermenéutica contractual contenidos en la legislación civil. En consecuencia, el examen para determinar si un pacto arbitral ha surgido a la vida jurídica debe prestar especial atención a postulados básicos de la interpretación de los contratos, **como los principios de conservación del negocio jurídico, prevalencia de la intención de las partes (Art. 1618 C.C.) y efecto útil de las disposiciones contractuales (Art. 1620 C.C.)***

*“En consecuencia, **a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral**, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias”. (Sentencia T-511 de 2011).*

De todo lo dicho anteriormente, se insiste, aflora la intención de ambas partes de acudir a juicio arbitral, para que la controversia relativa a la existencia o inexistencia de la cláusula compromisoria, sea resuelta al finalizar el respectivo proceso, en el laudo.

Pero la conclusión anterior no solamente tiene sustento en la interpretación que del contrato ha hecho este Tribunal, sino que igualmente encuentra soporte en el principio conocido como “*favorem arbitratis*” o principio en favor del convenio arbitral, tal como lo ha considerado la jurisprudencia nacional (Corte Suprema de Justicia, Sentencias de la Sala Civil de marzo 28 de 2008 y febrero 2 de 1996, Exp. 5340; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de junio 27 de 2012, Exp. 521575).

De otra parte, acorde con la teoría de los actos propios, si las partes sin reparo alguno, asistieron a la audiencia de designación de árbitros el día 24 de octubre de 2017, y efectivamente designaron un árbitro de común acuerdo; con posterioridad, el apoderado del **FONADE** solicitó el aplazamiento de la diligencia prevista para el día 30 de noviembre informando que la lista de posible árbitros ya había sido aprobada por la secretaría jurídica de la presidencia y de la Agencia Nacional de la Defensa Judicial, y finalmente, el día 18 de diciembre, también de común acuerdo, se designaron los dos árbitros faltantes, y se convino que lo relativo a la existencia del pacto arbitral lo definieran los árbitros, circunstancia ratificada en la contestación de la demanda, como que el **FONADE** ha solicitado que el

tema referente a la inexistencia del pacto arbitral sea resuelto en el laudo mismo, al decidir las excepciones de mérito, es decir al terminar el proceso arbitral, ahora no puede alegarse que en realidad las partes nunca convinieron acudir al proceso arbitral, pues tal manifestación contraría abiertamente la teoría de los actos propios y el principio de la buena fe contractual establecido en el artículo 871 del Código de Comercio, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia:

“Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios ...”, luego asumir posiciones contradictorias respecto de las mismas cuestiones de hecho e iguales intereses económicos, concluye el Alto Tribunal, “...puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante...”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 9 de agosto de 2007, Exp. 0025401).

“En este contexto, el principio no solo es deseable, sino que se presenta como una exigencia social ineludible para garantizar la buena fe y las legítimas expectativas por situaciones derivadas del comportamiento anterior”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de junio de 2009).

“A partir del principio de la buena fe contractual, consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, se desprenden varios deberes de conducta, entre los cuales se encuentra el que consagra que nadie puede ir en contra de sus propios actos; circunstancia que no solamente se contrae al nacimiento de la obligación, sino que sus efectos se despliegan en el tiempo hasta la extinción de la misma”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-10297-2014 del 5 de agosto de 2014).

Ahora bien, la existencia del pacto arbitral no solamente ha quedado plenamente acreditada con la conducta de las partes y, según las reglas sobre interpretación de los contratos contenidos en los artículos 1618 a 1622 del Código Civil, y el principio de la buena fe, bajo la modalidad de los actos propios, sino que a tal conclusión igualmente se llega por la aplicación de las normas especiales contenidas en la Ley 1563 de 2012, o Estatuto Arbitral, en el cual se regula el denominado contrato de arbitraje.

El **FONADE**, en la página 41 de la contestación de la demanda reformada, invoca en su auxilio para sostener la inexistencia del pacto arbitral, el artículo 69 de la Ley 1563 de 2012, resaltando que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito, en los siguientes términos:

“Adicionalmente y no menos importante, es que para que exista pacto arbitral, dicho acuerdo debe constar por escrito, conforme al artículo 69 de la Ley 1563 de 2012 que indica...”.

Efectivamente, para resolver el asunto objeto de debate, resulta de suma importancia dar aplicación al artículo 69 de la ley 1563, en cuyo literal a) se especifica que se entenderá debidamente pactado,

por escrito, el acuerdo de arbitraje, cuando este “...se haya concertado... **mediante la ejecución de ciertos actos**, o por cualquier otro medio”.

Para el Tribunal, el precepto citado resulta aplicable al presente asunto, y conduce a la conclusión contraria a la expresada por la convocada, pues precisamente la ejecución de diferentes actos procesales por parte del **FONADE**, es la base para considerar que las partes si convinieron cláusula compromisoria.

Aquí vale la pena aclarar que la ley 80 del 93, ya no regula el contrato de arbitraje, por lo que se debe aplicar lo previsto en la referida normatividad especial de la Ley 1563 de 2012, en cuyo artículo 69, se expresa:

“ARTÍCULO 69. DEFINICIÓN Y FORMA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE. El “acuerdo de arbitraje” es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente.

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito:

*“a) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, **o mediante la ejecución de ciertos actos** o por cualquier otro medio”.*

Como bien se advierte en el mencionado artículo 69, se entiende que el acuerdo de arbitraje consta por escrito, cuando quede constancia del mismo: “...**mediante la ejecución de ciertos actos...**”, realizados por las partes. Por tanto, para el legislador patrio, **la conducta de las partes si resulta relevante y determinante para considerar la existencia del acuerdo o contrato de arbitraje.**

Que la actuación de las partes sirve como elemento determinante para establecer la aceptación de un pacto arbitral y la consecuente competencia de los árbitros, ya lo ha dicho la jurisprudencia:

*“3.8.2 Ambas autoridades judiciales en sede de tutela denegaron el amparo solicitado. Encontraron que los árbitros, de manera fundada, **consideraron que contaban con la competencia para pronunciarse y dirimir la controversia**, debido a que la cesión del contrato de agente independiente **había sido aceptada por las accionantes en atención al comportamiento desplegado tras la notificación de la cesión**”. (Sentencia T-186 de 2015).*

Si bien se ha manifestado que el pacto arbitral consignado en un contrato estatal, como requisito de existencia, debe constar por escrito y expresarse de manera clara y sin equívoco alguno, la intención de resolver los conflictos por medio de árbitros, supuestamente porque así se dispone en el estatuto

de contratación estatal, se resalta que de conformidad con lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, **el nuevo estatuto de arbitraje nacional e internacional reguló íntegramente la materia**, y, mediante su artículo 118, se derogó expresamente los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 que se referían al arbitraje.

De manera que, el convenio arbitral, aún incorporado en contratos estatales, en su “integridad”, aparece regulado en la Ley 1563 de 2012, y no en el estatuto de la contratación administrativa, o ley 80.

Ni siquiera en materia estatal, la ley 1563, dispuso la obligación de que la cláusula compromisoria deba constar por escrito y de manera totalmente clara y expresa, pues sin lugar a dudas, consagró todo lo contrario. Como ya se dijo, el referido artículo 69, permite inferir la existencia del convenio arbitral por la conducta de las partes, y tampoco se exige probar que se consignó por escrito, tal como se dispone en el párrafo del artículo 3° del mismo estatuto, como bien lo acepta el Consejo de Estado:

“ii) el segundo, regulado en el párrafo del artículo 3° ibídem, corresponde al pacto arbitral tácito porque supone que si una de las partes en un litigio —que se inició ante las jurisdicciones estatales o ante la justicia arbitral— invoca la existencia de pacto arbitral —en la demanda o en las excepciones de la contestación— y la otra no lo niega se entiende válidamente probada la existencia del mismo”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2017-00149 de marzo 01 de 2018).

Que los artículos 3° y 69 de la ley arbitral 1563 del 2012, los cuales son preceptos de naturaleza procesal y de obligatoria aplicación cuando se trata de contratos administrativos, lo dispone expresamente el artículo 2° del referido estatuto, en los siguientes términos:

“Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional”.

Todo lo anterior, sin perder de vista que, en todo caso, la cláusula vigésima primera del contrato de obra Nro. 2151046 de abril 17 de 2017, si consta por escrito.

Para el Tribunal, de conformidad con lo previsto en los artículos 2°, 3°, 12, 69, 118 y 119 de la Ley 1563 de 2012 ya citados y ampliamente explicados, es claro que no se presenta la inexistencia del pacto arbitral.

En todo caso, conviene resaltar que este Tribunal no ha manifestado que quedó debidamente probada la existencia del pacto arbitral de manera implícita, conforme al párrafo del artículo 3° de la Ley 1563 de 2012. En tal sentido, carece de sustento lo manifestado por el **FONADE** y por el Ministerio Público en el sentido de que en el único momento en que la convocada estaba obligada a indicar que no existía

pacto arbitral, era al contestar la demanda, y que por tal virtud, carecen de relevancia los actos procesales anteriores realizados por la convocada.

El Tribunal ha sido reiterativo en afirmar que de conformidad con la interpretación del contrato, el pacto arbitral existe desde la misma firma del contrato y que corresponde a la cláusula vigésimo primera del Contrato de Obra N° 2151046, y por lo tanto no se trata de un convenio arbitral implícito.

No puede olvidarse, reitera el Tribunal, que el artículo 2° de la Ley 1563 de 2012 expresamente determina que en los Tribunales en que participe una entidad estatal se aplicará obligatoriamente lo previsto en la mencionada ley.

En resumidas, según la ley arbitral, en el presente proceso se encuentra debidamente acreditada la existencia del pacto arbitral, pues tanto por acción como por omisión del **FONADE**, se ha confirmado el convenio arbitral bajo la fórmula de la interpretación de los contratos, y en consideración al principio de la buena fe, según el artículo 871 del Código de Comercio.

Si lo anterior no fuera suficiente, también se debe tomar en cuenta las actuaciones de naturaleza procesal, sin que sea viable al **FONADE** “desdecirse” de sus propios actos, puesto que el principio de la confianza legítima, también impera en los procesos judiciales:

*“Es pertinente entender, en consecuencia, **que la efectiva aplicación del principio de la buena fe y de la regla que de él se deriva que nos compele a respetar los actos propios, garantizan que los procesos judiciales, en general, y los actos que en desarrollo de ellos se realicen, en particular, sean siempre expresión de probidad, corrección, transparencia y coherencia, y que, por ende, no se utilicen para propósitos diversos, en perjuicio de la contraparte o de la propia administración de justicia**”.* (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia 2006-00041 de 08 de noviembre de 2013).

Desde luego, las diversas circunstancias puestas de presente, especialmente la designación de árbitros de común acuerdo **y la aceptación de que fueran los mismos árbitro, quienes se pronunciaran con respecto a la existencia del pacto arbitral al termino del proceso, es decir, en el laudo mismo**, según delegación efectuada de común acuerdo, así como la falta de impugnación del auto admisorio de la demanda y de su reforma, por virtud de la legítima confianza en favor del **CONSORCIO**, estos procedentes resultan relevantes para aplicar la teoría de los actos propios a nivel procesal, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia:

“6.- El deber de las partes de actuar con lealtad en el proceso judicial”.

“6.9.- Así, el derecho que tienen las partes para actuar y elaborar sus respectivas estrategias defensivas, en procura de satisfacer sus intereses, en el proceso judicial encuentra necesaria restricción, por cuanto deben ajustarse a un estándar objetivo de conducta leal (o de lealtad procesal).

Tal cosa se hace evidente con los conceptos de abuso del derecho y la teoría de los actos propios como figuras estas que hunden sus raíces en el principio de la buena fe y que, como no puede ser de otra manera, hacen necesaria presencia en el proceso judicial”.

“6.13.- Para el caso sub judice vale la pena concentrar la atención en la doctrina de los actos propios o “venire contra factum proprium non valet” en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada”.

“Tales disposiciones legislativas instrumentan la buena fe bajo la estructura de un doble deber normativo que, por una parte, i) implica para las partes actuar de tal manera en el proceso judicial y, por el otro ii) impone el deber a los funcionarios judiciales de hacer uso de sus competencias respectivas para prevenir, remediar, sancionar o denunciar las actuaciones que sean contrarias a la buena fe que debe observarse en el proceso judicial, preceptos estos que resultan concordantes con lo prescrito en el artículo 280 del Código General del Proceso”.

“7.2.8.9.- Pero más aún, la razón que mueve a esta Sala a desestimar el cargo expuesto por el recurrente reside en la violación al deber de coherencia que impone el principio de la buena fe y la lealtad en el proceso judicial”.

“7.2.8.11.- Al alzarse contra su propio acto con la pretensión de obtener un beneficio para sí (la anulación del laudo), el recurrente viola de manera flagrante el estándar de moralidad objetiva que el ordenamiento jurídico y los principios que inspiran el proceso arbitral le imponen a todos – árbitros, partes, intervinientes y apoderados- los que allí tienen participación, proceder este que está proscrito por el derecho”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 10 de 2015, Rad. 11001-03-26-000-2015-00031-00 (53165)).

En resumen, la teoría de los actos propios no solamente tiene vigencia en materia contractual, puesto que el principio de la buena fe igualmente resulta predicable en asuntos procesales. De esta suerte, si la demanda arbitral se presentó el día 5 de octubre de 2017, fecha a partir de la cual se entiende formalmente iniciado el proceso arbitral según el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, también resulta contrario al principio de la buena fe procesal y consecuentemente vulnera la teoría de los actos propios, la circunstancia que el **FONADE**, después de iniciado el proceso, haya realizado diferentes actos procesales que indicaban su anuencia con el trámite del juicio arbitral, y solamente en la primera audiencia de trámite solicite la terminación inmediata del proceso, bajo el argumento de que el pacto arbitral es inexistente . Al respecto se ha dicho:

“8.4. Con apoyo en los principios de la buena fe, que en Colombia es hoy en día de rango constitucional (art. 83, C.P.), y de la confianza legítima, la doctrina y la jurisprudencia tanto foráneas como patria, han desarrollado la <teoría de los actos propios>, conforme la cual, en líneas generales, no es dable a nadie contradecir, sin justificación atendible, sus propias actuaciones anteriores, cuando ese

cambio de conducta afecta las expectativas válidamente adquiridas por otro u otros con base el comportamiento pretérito del que lo realiza”.

“8.5. **Tal doctrina, a no dudarlo, tiene plena aplicación en el campo del derecho procesal y, más exactamente, en las controversias judiciales de linaje civil, como quiera que en ellas, son, entre otros, <deberes del juez>, <3o. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal>”.**

“8.6. Así las cosas, se colige que **en los procesos no es admisible que sus intervinientes cambien abrupta e injustificadamente sus actos anteriores, cuando de ellos se desprendieron razonables expectativas para los demás, que se ven incididas o desconocidas con el nuevo proceder del respectivo interesado**”.(Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC11302-2014 de agosto 29 de 2014).

Ahora bien, para tratar de dejar sin efecto la conducta propia, consideró el **FONADE** que, las actuaciones de sus apoderados judiciales relacionadas con designación de árbitros y todas las demás ya referenciadas por ese Tribunal, no tienen la virtualidad de comprometer a la convocada por no haber sido efectuadas por su representante legal, y no corresponder a actuaciones procesales. Se pasa por alto que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, **el proceso arbitral se inicia con la presentación de la demanda, por lo que todas las actuaciones posteriores, se entienden surtidas dentro de un proceso** y consecuentemente, corresponden actos procesales.

En todo caso, desde la asistencia a la primera audiencia de designación de árbitros se acreditó que el apoderado del **FONADE** estaba debidamente facultado para representar a dicha entidad, por lo que no se ha configurado ninguna indebida representación de dicha entidad.

El Tribunal reitera que de la conducta desplegada por el **FONADE** durante la tramitación del presente proceso Arbitral se evidencia que la intención de las partes al convenir la cláusula vigésima primera, era que, si los contratantes no podían solucionar sus diferencias por vía directa o por medio de una conciliación, las diferencias serían resueltas por un Tribunal Arbitral. Todo lo anterior, sin olvidar que el texto de la referida cláusula, que consta por escrito, fue redactado por el **FONADE** al preparar el pliego de condiciones, por lo que igualmente sería de recibo interpretar este convenio al tenor del artículo 1624 del Código Civil, precepto que en todo caso no es necesario invocar, por cuanto el sustento de esta providencia realmente se finca en los artículos 1618 y 1620 del C.C., así como en la teoría de los actos propios a nivel contractual y procesal.

Si el entendimiento del **FONADE** al suscribir el contrato de obraera que no existía pacto arbitral, ha debido obrar bajo dicho convencimiento, es decir, absteniéndose de participar en la designación de árbitros, recurriendo las decisiones tomadas en la audiencia de instalación alegando la inexistencia de pacto arbitral, así como las que se tomaron en relación con las medidas cautelares y, lo más

importante, expresando sus reparos sobre la existencia de la cláusula compromisoria, no solamente por la vía de las excepciones de fondo, sino mediante la reposición del auto admisorio de la demanda inicial y su reforma.

Finalmente, en cuanto a la confirmación de la existencia de un pacto arbitral, según el común actuar de ambos contratantes y de conformidad con la teoría general de la legítima confianza y los actos propios, tal principio es de tal relevancia en la ejecución del contrato objeto del litigio, que el **FONADE**, en la contestación de la demanda reformada, página 51, propone la siguiente excepción de mérito o de fondo: “4.3 EXCEPCIÓN DE NADIE PUEDE ALEGAR EN SU FAVOR SU PROPIA CULPA...”.

De manera que, si para resolver esta excepción, el Tribunal debe aplicar la teoría de los actos propios, según la ejecución del contrato realizado por el **CONSORCIO**, no tendría sentido pretender que no se aplique dicho principio para verificar las actuaciones del **FONADE**, puesto que la teoría de los actos propios tiene asidero en el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución, según sentencia T-1231 de 2008, citada por el apoderado del **FONADE** en la página 58 de la contestación a la demanda reformada, y resulta predicable frente a la administración pública, cuando actúa como contratante y parte procesal.

En conclusión, acorde con la ley arbitral y con los principios de la interpretación de los contratos y la teoría de los actos propios en materia procesal y contractual, se debe concluir que las partes si convinieron que sus diferencias originadas en el contrato de obra 2151046, fueran resueltas arbitralmente, por lo que se negaran las excepciones denominadas: “*INEXISTENCIA DE PACTO ARBITRAL, Y FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA*”.

3. EL CONTRATO

3.1. DERECHO APLICABLE AL CONTRATO

Para resolver en debida forma este litigio, se debe precisar, en primer término, la normatividad aplicable al contrato de obra 2151046, objeto de este proceso, aclarando que se rige por el derecho privado, según lo reitera la jurisprudencia:

“El FONADE cumple las siguientes funciones: i) promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales; ii) realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta; iii) celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo, entre otras. En la actualidad es: i) Empresa Industrial y Comercial del Estado; ii) tiene carácter financiero; iii) cuenta con autonomía administrativa; iv) se encuentra vinculada al Departamento Nacional de Planeación; y v) está vigilada por la Superintendencia Financiera”.

“La especial naturaleza jurídica del FONADE, puesto que se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con carácter financiero, hace que su régimen contractual se encuentre regido, en lo sustancial, por el derecho privado. En efecto, en los considerandos del Acuerdo número 002 del 25 de febrero de 2003, a través del cual se adoptó el manual de contratación de esa entidad, se estipuló que:

“... la actividad contractual de FONADE se desarrolla mediante la aplicación de dos regímenes jurídicos: la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios para las actividades propias de su funcionamiento y el derecho privado para el cumplimiento del giro ordinario de sus negocios”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de julio 18 de 2007. Rad.: 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838).

Teniendo en cuenta que el **FONADE** tiene la naturaleza de empresa industrial y comercial del estado, se debe precisar que el régimen aplicable al contrato de obra Nro. 21510446, es el previsto en el derecho común:

“Por lo tanto, al ser FONADE una entidad financiera de carácter estatal, los contratos que celebraba dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto no estaban sometidos a la ley 80 de 1993 y se regían por las disposiciones que les fueran aplicables (E.O.S.F. y demás normas financieras, Código de Comercio, Código Civil, entre otras). Por el contrario, los contratos que no correspondían al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, estaban sujetos íntegramente a la ley 80 de 1993, norma que, como es sabido, remite parcialmente al derecho privado, especialmente en lo relacionado con el objeto de los contratos (artículos 32 y 40).” (...) Es evidente, por lo tanto, que el contrato de obra al cual se refiere este concepto no estaba sujeto a las normas de la Ley 80, sino a las disposiciones del derecho privado que le fueran aplicables (principalmente, el Código Civil y el Código de Comercio”. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 11001-03-06-000-2017-00066-00 de noviembre 15 de 2017).

*“En este orden de ideas, esa entidad se encuentra dentro de las excepciones contenidas en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, **por lo que no se rige en materia contractual, en lo sustancial, por estas disposiciones, sino que en desarrollo del giro ordinario de sus negocios, se regirá por el derecho privado** y en especial por las disposiciones del Estatuto Orgánico Financiero (artículos 286-289)”.*

*“22. En conclusión, el régimen de contratación de las entidades públicas se encuentra consignado en la Ley 80 de 1993, que estableció la genérica categoría de contratos estatales, a todos aquellos que celebren las entidades públicas enunciadas en el artículo 2 de ese estatuto. Algunas entidades públicas, como el **FONADE**, se encuentran exceptuadas del régimen contenido en la Ley 80 de 1993, en razón a su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado y su carácter financiero, por lo que sus negocios se rigen por las normas del derecho privado. (Sentencia SU-242 de abril 30 de 2015).*

En conclusión, teniendo en cuenta que el **FONADE** es una empresa industrial y comercial del Estado y que el contrato de obra Nro. 2151046 se celebró en desarrollo de su objeto social, dicho contrato se rige, principalmente, por el Derecho Privado. Por tanto, todas las comunicaciones del **FONADE** expedidas con respecto al referido contrato, incluyendo el acta de liquidación unilateral, corresponden a meras decisiones contractuales de derecho privado y no a actos administrativos.

3.2. ANTECEDENTES

Como antecedentes importantes, se ha de tener presente que el contrato de obra Nro. 21510446 fue suscrito entre el **FONADE** y el **CONSORCIO SAN ANTONIO** el día 17 de abril de 2015, cuyo plazo de ejecución era de 20 meses, contados a partir de la firma del acta de inicio, y por un valor de \$22.979.704.282. El referido contrato tenía por objeto la:

“...actualización, ajuste y/o complementación de los estudios y diseños eléctricos (sistemas de sonido, tv, iluminación, normal, regulado, apantallamiento, puesta a tierra, diseño de cableado estructurado para voz y datos) y ejecución de obras para la construcción de la institución educativa San Antonio en el Distrito de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca”.

El **CONSORCIO SAN ANTONIO** conformado por las firmas COLCIVIL SA y CYCASA CANTERAS Y CONSTRUCCIONES S. A., compareció al proceso mediante poder otorgado por su representante común, el ingeniero RAFAEL DÍAZ MARTÍNEZ, admitiéndose tal representación, por encontrarse ajustada a lo previsto en la ley y la jurisprudencia:

“1.3.- Reiteración de la unificación Jurisprudencial en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios y las uniones temporales para comparecer como partes en los procesos judiciales.

“Mediante sentencia de unificación de Jurisprudencia, proferida el mismo día en que se dicta este fallo, la Sala modificó la línea jurisprudencial que se venía siguiendo y consideró que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva pluralidad de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en los procesos judiciales de origen contractual –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos de selección como de los propios contratos estatales-, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales de esa misma índole –legitimatío ad processum-, por intermedio de su representante”.

*“En este orden de ideas y dado que los consorcios oferentes o contratistas pueden comparecer al proceso a través de apoderado judicial designado por el representante de la respectiva agrupación empresarial **para todos los efectos** relativos a la oferta, al procedimiento de selección o al contrato*

respectivo, se concluye que el Consorcio VIANCHA-MENDEZ cuenta con capacidad procesal para comparecer al proceso a través de su representante, comoquiera que el documento que acreditan quiénes son los integrantes de la agrupación y el representante legal de la misma fue allegado en copia auténtica (folio 44 cuaderno 2), lo cual demuestra que el señor JOSÉ HERNÁN VIANCHA GUTIÉRREZ efectivamente ostenta la calidad en que dijo actuar”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 25 de 2013).

Teniendo en cuenta que el acta de inicio fue firmada el día 04 de junio de 2015, la terminación del contrato por vencimiento de términos, se produjo el día 04 de febrero de 2017. Sin embargo, entre la fecha de suscripción del contrato y la firma del acta de inicio, las partes suscribieron un acta que denominaron de pre-construcción, en mayo 26 de 2015.

Con respecto al contrato de obra Nro. 21510446 y los dos documentos mencionados anteriormente, ambas partes estuvieron de acuerdo en cuanto a su firma y el contenido de dichos documentos.

4. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El **CONSORCIO SAN ANTONIO** pretende que se condene al **FONADE** a pagar la cláusula penal, y a que se le indemnicen los demás perjuicios causados por razón del incumplimiento del contrato de obra Nro. 2151046 de abril 17 de 2015. Según los demandantes, el **FONADE** incumplió gravemente el contrato, especialmente por las siguientes razones:

1. Graves falencias de orden técnico relacionadas con los estudios y diseños entregados a la celebración del contrato;
2. Cuando se fue a iniciar la obra, en el lote se encontró una **PTAR** (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales) y una vía que se superponían e invadieron el sitio objeto de ejecución de la obra;
3. Como consecuencia de los malos diseños y estudios entregados al contratista, durante la ejecución de las obras se identificaron más de 100 **INPs**;
4. De manera irregular, el **FONADE** se negó a convenir una prórroga en el plazo de ejecución del contrato y un aumento presupuestal del mismo;
5. Pese a que las obras fueron debidamente ejecutadas, el **FONADE**, sin justa causa, se negó a pagar las actas parciales de obra Nro. 19 y 20;
6. Contrariando los principios de transparencia e incompatibilidades, el **FONADE** contrató a Serinco como interventor de la obra, sin tener en cuenta que dicha firma, de manera indirecta, participó en los diseños arquitectónicos y diseños estructurales, que le fueron suministrados al contratista, para la ejecución de la obra;

7. De manera tardía, el **FONADE** entregó algunos planos y diseños al **CONSORCIO**, necesarios para la ejecución de la obra,

8. De manera tardía el **FONADE** procedió a la realinderación del predio.

Por su parte, el **FONADE** se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló la excepción de contrato no cumplido, alegando que quien incumplió el contrato fue el **CONSORCIO SAN ANTONIO**, incumplimiento que recae, específicamente, en los siguientes puntos:

1. No realizó la revisión, aprobación y actualización de los estudios y diseños;
2. Presentó atraso constante durante la ejecución de la obra;
3. No cumplió con mantener en la obra, el personal mínimo exigido en el contrato;
4. Incumplió con el suministro de materiales;
5. No pagó oportunamente prestaciones sociales y seguridad social de sus empleados.

4.1. INCUMPLIMIENTOS DEL FONADE

Como se planteó anteriormente, la parte convocada ha solicitado al Tribunal, en las pretensiones 3, 4, 5 y 6, que se declare el incumplimiento de la convocada en consideración a distintas situaciones relacionadas con los estudios y diseños suministrados al contratista para la ejecución del contrato, especialmente por la falta de requisitos técnicos y de ingeniería requeridos para la ejecución de la obra, el conflicto de interés de la interventoría y la violación al principio de planeación.

Para efectos de resolver el litigio sometido a consideración de este Tribunal, se procederá a precisar las razones por las cuales se considera que el **FONADE** incumplió el contrato.

4.1.1. INCUMPLIMIENTO DE FONADE RELACIONADO CON EL LOTE

En primer lugar, en la inspección judicial realizada el día 27 de septiembre de 2018 se pudo constatar que efectivamente en el lote inicialmente asignado para realizar las obras relativas a la construcción de la Institución Educativa San Antonio en el Distrito de Buenaventura, la ciudad de Buenaventura procedió a construir una planta de tratamiento de aguas residuales, para el municipio (**PTAR**).

Con respecto a dicha planta, el **FONADE** aceptó ser cierto que esta se construyó dentro del lote en que el **CONSORCIO** debería realizar las obras y que nada se informó sobre dicha construcción en el pliego de condiciones ni en el contrato final, debido a que las obras las ejecutó el Distrito de

Buenaventura, sin informar al **FONADE**, según lo manifestaron las ingenieras Ángela María Lombana y Yenny Xiomara Hernández en sus testimonios rendidos el 10 de octubre de 2018 y el 1 de noviembre de 2018.

Estando plenamente probada la construcción de la **PTAR** dentro del lote inicialmente asignado al **CONSORCIOS SAN ANTONIO** para la ejecución de las obras de la Institución Educativa San Antonio, procede el Tribunal a determinar el comportamiento de las partes y los efectos producidos en el contrato, con respecto a dicha construcción.

Para este Tribunal no es de recibo la excusa del **FONADE** consistente en que dicha entidad no tuvo conocimiento previo de la construcción de la **PTAR** antes de la firma del contrato, pues por tratarse de una mega obra que desde lejos parece un coliseo, observable a simple vista, no era posible que esta pasara desapercibida.

Lo mínimo que se espera con respecto a un contratante acucioso, en virtud del principio de planeación, era que antes de proceder a la adjudicación del contrato de obra Nro. 2151046, se verificara el estado del lote donde tendrán ejecución las futuras obras.

Sin embargo, el incumplimiento sustancial del **FONADE** con respecto a la construcción inadvertida de la **PTAR**, consistió en la demora en la redefinición de los linderos del predio donde se tenía que ejecutar la obra. En efecto, aparece acreditado que mediante oficio CSA-15-0025 de junio 25 de 2015, (Ver folio 1959, Cuaderno de pruebas Nro. 06), el **CONSORCIO** solicitó la redefinición de linderos, pero la nueva alinderación solamente le fue remitida al contratista el día 03 de agosto de 2016, es decir, 14 meses después de solicitada.

La incidencia de la exacta delimitación del predio para realizar una futura obra resulta tan importante que, los linderos reales son los que deben constar en la licencia de construcción aprobada por las autoridades municipales, según lo establecido en el decreto 1077 de 2015 y en la ley 9° de 1989, como que los linderos del lote deben coincidir con los determinados o referidos en el certificado de libertad, y el proyecto arquitectónico aportado para obtener la respectiva licencia.

Por tanto, fue injustificada la demora del **FONADE** en obtener y legalizar la nueva alinderación del lote, sobre todo, si se considera que el contratista bien podía negarse a ejecutar la obra mientras no se corrigieran los reales linderos, y se obtuviera la modificación de la licencia de construcción

Con respecto a los efectos generados en la debida ejecución de la obra, por no haberse realinderado el lote antes de la ejecución del contrato, el perito Vargas los resume en los siguientes términos, según respuesta a las preguntas 3.13 y 3.15:

“3.13 DEL ANÁLISIS DE LOS PLANOS DE REPLANTEO ENTREGADOS POR EL CONSORCIO SAN ANTONIO, INDICAR A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR LAS INCIDENCIAS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DISEÑADA”.

“Acorde con el plano “PG-N1 - cuadro de áreas aproximado” (adjunto en el Anexo 4.5), el replanteo elaborado por el Consorcio San Antonio intercepta con la Planta de Tratamiento de Agua Residuales (PTAR) ubicada en el predio oriental aledaño al proyecto, ubicándose sobre las canchas deportivas surorientales del proyecto (Figura 3.10).

La principal incidencia fue la aclaración para los linderos definitivos del proyecto y eliminación de las canchas de primaria”. (Ver Pág. 49 del peritaje).

“3.15 DENTRO DE LA INFORMACIÓN RECIBIDA POR PARTE DE FONADE ENCONTRAMOS UN PLANO T01 LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO, CORRESPONDIENTE AL ARCHIVO ACAD-MEGACOLEGIO 31-03-14; EN LAS LABORES DE LOCALIZACIÓN Y REPLANTEO DE LA OBRA, EL CONSORCIO SAN ANTONIO ELABORÓ CON LA INFORMACIÓN EN SITIO UN NUEVO PLANO PG-N1-CUADRO DE ÁREAS APROXIMADO. EN CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, SE SOLICITA AL PERITO SE SIRVA INFORMAR AL TRIBUNAL ¿SI EFECTUADA LA SUPERPOSICIÓN DE ESTOS DOS PLANOS SE PRESENTAN DIFERENCIAS?; DE ENCONTRARSE DIFERENCIAS POR FAVOR DETALLARLAS E INDICAR SI LA INFORMACIÓN ENTREGADA AL CONSORCIO SAN ANTONIO FUE O NO CORRECTA? ¿A SU JUICIO, LO ENCONTRADO EN OBRA CORRESPONDE FIELMENTE A LA INFORMACIÓN INICIALMENTE ENTREGADA POR FONADE? DE ACUERDO CON EL ANÁLISIS ANTERIOR, A CONSIDERACIÓN DEL PERITO ¿ERA NECESARIO MODIFICAR LOS LINDEROS ENTREGADOS POR FONADE PARA LAS CONSTRUCCIONES DISEÑADAS? ASÍ MISMO, INDICAR SI LA PTAR QUE HAY EN EL PLANO INDICADO POR EL CONSORCIO ESTABA ESPECIFICADA EN LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS QUE FUERON SUMINISTRADOS AL CONTRATISTA. EN CONSECUENCIA, DE ELLO ¿EXISTE O NO INCIDENCIA FRENTE AL MANEJO DE LOS LINDEROS DEL PREDIO Y, POR ENDE, AL DESARROLLO DEL PROYECTO?

Haciendo la superposición de ambos planos, se observa que los linderos señalados en el plano topográfico T01 LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO (línea amarilla de la Figura 3.11), correspondiente a los diseños iniciales entregados por FONADE, cae dentro del área constructiva de las canchas ubicadas en el sector nororiental del lote y del CIRE (ver Figura 3.11). Además, como se mencionó con anterioridad, las canchas del costado suroriental se encuentran superpuestas por una planta de tratamiento de aguas residuales (PTAR) ubicada en otro predio aledaño, por lo que los linderos originales necesariamente tendrían que desplazarse.

Por lo anterior, se observa que existen diferencias en el replanteo de los linderos del proyecto entre los diseños originales y las obras levantadas en campo.

De lo anterior, se puede concluir que los linderos iniciales del proyecto indicados en el plano topográfico T01 LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO no corresponden con el levantamiento de las obras en campo.

Toda vez que los linderos no correspondían a la realidad de las obras, fue necesario modificar los linderos para ajustarlos al proyecto.

La PTAR ubicada en el predio oriental aledaño a la obra no se encuentra indicada en los estudios y diseños iniciales del proyecto relacionados en la página web del proceso 3 y entregados por la parte demandante.

*Toda vez que la PTAR se encuentra ubicada dentro de los linderos del proyecto y sobre las canchas que se iban a construir en el lado suroriental del predio, **existe una incidencia importante de la PTAR sobre los linderos finales de la obra**". (Pág. 50 a 51).*

4.1.2. INCUMPLIMIENTO DEL FONADE RELACIONADO CON LOS ESTUDIOS, PLANOS Y DISEÑOS TÉCNICOS

Con relación a las posibles falencias atinentes a los estudios y diseños entregados al contratista para la debida ejecución de las obras, el Tribunal tomará muy en cuenta las consideraciones del perito Ing. Antonio Vargas del Valle, contenidas en su dictamen de fecha 17 de diciembre de 2018, el cual no fue controvertido de ninguna forma por el **FONADE**, entidad que no presentó ninguna experticia para acreditar que era infundado, como tampoco solicitó su aclaración, corrección o complementación, ni la presencia del perito en una audiencia destinada a la sustentación de la experticia. Por tanto, se concluye que para la parte convocada y para los árbitros, tal peritaje resulta lo suficientemente claro y se encuentra debidamente sustentado.

Otro grave incumplimiento del **FONADE**, reiterado en los hechos de la demanda, consiste en que los planos, estudios y diseños entregados al **CONSORCIO SAN ANTONIO**, contenían múltiples deficiencias y contradicciones, las que dificultaron la debida ejecución de la obra y originaron excesivas demoras, atribuibles, exclusivamente, al **FONADE**. Para acreditar las anteriores falencias alegadas en la demanda reformada, el Tribunal nuevamente se remite al dictamen rendido por el Ingeniero Vargas, relativo a las preguntas 3.1, 3.3 y 3.4:

"3.1 SI A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR EN LOS DISEÑOS ENTREGADOS SE DETALLABAN LAS CANTIDADES DE OBRA A EJECUTAR E INDICAR IGUALMENTE SI EN LA DOCUMENTACIÓN ENTREGADA POR FONADE, UNA VEZ SUSCRITO EL CONTRATO, EXISTEN UNAS MEMORIAS DE CANTIDADES DETALLADAS.

En la documentación que hace parte del expediente de este proceso se encuentran los diseños del proyecto, adicionalmente se encuentra el presupuesto con las cantidades de obra. En estos documentos no encontramos memorias de cálculo de dichas cantidades.

Adicionalmente, se consultó la información del proceso en la página web de FONADE y se encontró el formato 7 Oferta Económica con las cantidades de obra del proyecto. No se encontró las memorias de cálculo de dichas cantidades.

En cuanto entrega de información de memorias de cálculo por parte de FONADE una vez suscrito el contrato, no encontramos la evidencia correspondiente”. (Pág. 25).

“3.3 SI A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR, EN LOS DISEÑOS ENTREGADOS SE ENCUENTRAN DEFINIDAS TODAS LAS ESTRUCTURAS METÁLICAS DE LAS CUBIERTAS DE LOS DISTINTOS EDIFICIOS.

Confrontando los planos arquitectónicos con los estructurales, encontramos las siguientes observaciones:

“Aulas: la estructura de la cubierta metálica para este edificio se encuentra definida en el plano arquitectónico (ver Figura 3.1), sin embargo no está el plano general y detalle en los planos estructurales”.

“Polivalentes: la estructura de cubierta metálica se encuentra indicada en los planos arquitectónicos (Ver Figura 3.2 y Figura 3.3), sin embargo su plano general y detalle no se encuentra relacionado en los planos estructurales del edificio”.

“Posteriormente, mediante correo electrónico del 6 de octubre de 2015 (4 meses después de suscrita el acta de inicio del proyecto), FONADE hace entrega de las memorias de cálculo de la estructura metálica de la cubierta de Polivalentes, que incluye los respectivos planos generales y detalle”.

“Cubierta del CERI: la estructura metálica se encuentra indicada en los planos arquitectónicos (Ver Figura 3.6 y Figura 3.7), sin embargo su diseño y detalle no se encuentra relacionado en los planos estructurales del edificio”.

“Posteriormente, mediante oficio N° 20162200141901 del 31 de mayo de 2016 (cerca de 12 meses después de suscrita el acta de inicio del proyecto), FONADE hace entrega del diseño estructural y seis planos debidamente firmados para la cubierta metálica del CIRE (ver Anexo 4.3)”. (Pág. 24 a 36).

“3.4 SI A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR, DEL ESTUDIO DE LOS PLANOS ESTRUCTURALES, MEMORÍAS DE CÁLCULO ENTREGADAS Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS LOSAS Y APU'S DE LOS ÍTEMS QUE FORMAN PARTE DE LAS ESTRUCTURAS, SE PUEDE DECIR QUE DICHOS DOCUMENTOS SON COHERENTES UNOS CON OTROS Y QUE CARECEN DE INCONSISTENCIAS.

CON RESPECTO A LAS PLACAS DE LAS AULAS: PÁG. 38 A 41

- No existe coherencia en el espesor de la placa entre lo señalado en los planos estructurales con las memorias de cálculo respectiva.
- Existe coherencia entre lo indicado las especificaciones técnicas y su APU, pero no con los planos estructurales ni memorias de cálculo

EN POLIVALENTES.

- No existe coherencia en el espesor de la placa entre lo señalado en los planos estructurales con las memorias de cálculo respectiva.
- Existe coherencia entre lo indicado las especificaciones técnicas y su APU, pero no con los planos estructurales ni memorias de cálculo

PREESCOLAR:

Existe coherencia entre los diseños estructurales y memorias de cálculo, pero no con los planos estructurales ni memorias de cálculo

CIRE.

- No existe coherencia entre el tipo de placa señalado en los planos estructurales y memorias de cálculo respectivas - Para el ítem 4.3.1 Construcción de placa aérea maciza en concreto $e=0,10$ m 4000 psi, existe coherencia entre su especificación técnica y APU, pero no con lo indicado en los planos estructurales - Para el ítem 4.3.2 Placa aligerada en concreto 4000 psi $h=0,5$ m, existe coherencia entre su memoria estructural, especificación técnica y APU, más no para su diseño estructural.
- No existe especificación ni APU para la placa aligerada con casetón $h= 0,6$ m señalada en las memorias de cálculo estructural del edificio CIRE

ZONA DE PARQUEO.

- No existe coherencia en el espesor de la placa N9, 97 entre lo señalado en los planos estructurales con su memoria de cálculo respectiva.
- Para el ítem 4.3.1 Construcción de placa aérea maciza en concreto $e=0,10$ m 4000 psi, existe coherencia entre su especificación técnica y APU, pero no con los planos estructurales - No existe especificación ni APU para la placa maciza de 0,15 m de espesor 4000 psi señalada en las memorias de cálculo de la zona de parqueo”.

Con respecto a los efectos originados por las inconsistencias recalçadas por el perito al responder las preguntas 3.1, 3.2 y 3.4 del cuestionario sometido a su consideración, el ingeniero Vargas manifestó lo siguiente, en respuesta a la pregunta 3.5:

“3.5 DE LAS POSIBLES INCONSISTENCIAS HALLADAS EN EL ANTERIOR PUNTO, SE SIRVA INDICAR, A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR, CÓMO AFECTARÍAN A LA EJECUCIÓN DE LOS ÍTEMS DE OBRA CORRESPONDIENTE A LAS LOSAS ESTRUCTURALES.

De acuerdo a las inconsistencias halladas en el punto anterior es preciso mencionar que debe haber una coherencia uniforme entre los planos estructurales, las memorias de cálculo, las especificaciones técnicas y el presupuesto para garantizar la correcta ejecución de los ítems de construcción.

En este sentido y evidenciando las inconsistencias en la información entre las 4 fuentes analizadas para los detalles técnicos correspondientes a las losas estructurales se considera que la afectación a la ejecución de los ítems se da en dos frentes:

- 1. Se relaciona con la ejecución presupuestal, donde podrán existir mayores o menores cantidades de obra y materiales. Como se evidencia en el ejemplo de la losa de las aulas donde la inconsistencia es del 20% del espesor requerido.*
- 2. Se relaciona con las características técnicas y en este caso estructurales, ya que habrá una variación evidente en las capacidades de los elementos”. (Pág. 42).*

Para el Tribunal, según lo manifestado por el perito, resulta evidente que sí se presentaron graves inconsistencias en los estudios, planos y diseños entregados por el **FONADE** al contratista para la ejecución de las obras, por lo que los efectos nocivos de tales inconsistencias, son atribuibles al **FONADE**, y constituyen grave incumplimiento al deber de planeación.

Las falencias en los diseños, planos y estudios técnicos fueron tan grandes que, a juicio del perito, muchos ítems necesarios para la construcción de las estructuras definidas en los planos estructurales no fueron tenidos en cuenta en el presupuesto, según lo manifestado al responder las preguntas 3.6, 3.7 y 38:

“3.6 SI A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR, SE ENCUENTRAN EN EL PRESUPUESTO ENTREGADO TODOS LOS ÍTEMS NECESARIOS PARA CONSTRUIR LA TOTALIDAD DE LAS ESTRUCTURAS DEFINIDAS EN LOS PLANOS ESTRUCTURALES.

Revisando los planos estructurales y verificando los ítems del presupuesto, no todos los ítems necesarios para construir la totalidad de las estructuras se encuentran definidas en el presupuesto, y hay otros que presentan inconsistencias”. (Pág. 42).

“3.7 DE SER NEGATIVA LA RESPUESTA ANTERIOR, INDIQUE EL INGENIERO CONSULTOR QUÉ PARTES DE LA ESTRUCTURA NO SE PODRÍAN CONSTRUIR, POR NO ESTAR CONTEMPLADAS EN EL PRESUPUESTO OFICIAL.

A continuación se enlistan los elementos estructurales que aunque se encuentran definidos en los planos estructurales no están dentro del presupuesto oficial del proyecto o presentan inconsistencias:

- Los anclajes epóxicos #4 y #6 no se encuentran reflejados en el presupuesto
- En los diseños encontramos dados tipo 1, 2, 3, 4, 5 y 6 sin especificar la resistencia del concreto. Mientras en el presupuesto encontramos dados de 3000 psi y 4000 psi sin explicar la correspondencia.
- La memoria de cálculo estructural para zona de parqueo indica una placa maciza de 0,15 m de espesor y 4000PSI, la cual no está relacionada en el presupuesto oficial.
- La memoria de cálculo estructural para el CIRE indica una placa aligerada con casetón de $h=0,6$ m, la cual no está relacionada en el presupuesto oficial.
- La estructura metálica para polivalentes no se encuentra reflejada ni en los diseños estructurales ni el presupuesto oficial". (Pág. 42 a 43).

“3.8 SI A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR, SE ENCUENTRAN EN EL PRESUPUESTO OFICIAL ENTREGADO TODOS LOS ÍTEMS NECESARIOS PARA CONSTRUIR LA TOTALIDAD DE LOSAS DE LAS ESTRUCTURAS DEFINIDAS EN LOS PLANOS ESTRUCTURALES.

De acuerdo al ejercicio comparativo que se realizó para la pregunta 3.4, no es posible asegurar que el presupuesto oficial entregado contenga todos los ítems necesarios para construir la totalidad de las losas de las estructuras toda vez que existen inconsistencias entre los planos estructurales, las memorias de cálculo, las especificaciones técnicas y el presupuesto.

Adicionalmente dentro del mismo ejercicio comparativo, se evidenciaron dos ítems presentes en las memorias de cálculo del CIRE y zona de parqueo que no pudieron ser encontrados en el presupuesto oficial, a saber:

- Zona de parqueo: la memoria de cálculo estructural indica una placa maciza de 0,15 m de espesor y 4000PSI, la cual no está relacionada en el presupuesto oficial.
- CIRE: la memoria de cálculo estructural indica una placa aligerada con casetón de $h=0,6$ m, la cual no está relacionada en el presupuesto oficial". (Pág. 43).

El perito Vargas, igualmente determinó que existían inconsistencias entre las memorias descriptivas, los planos y las especificaciones técnicas relativas a las cubiertas, según lo que respondió a la pregunta 3.11:

“3.11 A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR, INDICAR SI EXISTEN INCONSISTENCIAS ENTRE LAS MEMORIAS DESCRIPTIVAS DE LAS CUBIERTAS, LOS PLANOS DE CUBIERTAS Y LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS CUBIERTA”.(Pág. 44 a 46).

“EN AULAS.

La cubierta metálica se encuentra cuantificada en el presupuesto del proyecto y diseñada en la memoria de cálculo respectiva, pero no se encuentra relacionada en los planos estructurales el corte general y detalle de la misma.

EN POLIVALENTES.

La cubierta metálica se encuentra diseñada en la memoria de cálculo, pero no se encuentra definida en los planos estructurales ni se encuentra cuantificada en el presupuesto general del proyecto.

EN CIRE.

Aunque la estructura se encuentra cuantificada en el presupuesto general del proyecto, esta no se encuentra ni diseñada en la memoria de cálculo ni definida en los planos estructurales.

ZONA PÚBLICA:

Aunque la estructura se encuentra cuantificada en el presupuesto general del proyecto, esta no se encuentra ni diseñada en la memoria de cálculo ni definida en los planos estructurales.

TIENDAS ESCOLARES:

Aunque la estructura se encuentra cuantificada en el presupuesto general del proyecto, esta no se encuentra ni diseñada en la memoria de cálculo ni definida en los planos estructurales”.

El perito Vargas también encontró grandes inconsistencias entre los planos entregados al **CONSORCIO SAN ANTONIO** y los ítems presupuestados con respecto al cerramiento definitivo del predio:

“3.12 EN CUANTO AL CERRAMIENTO DEFINITIVO DEL PREDIO, INDICAR SI EXISTEN ÍTEMS EN EL PRESUPUESTO OFICIAL PARA PODER EJECUTAR EL DISEÑO QUE FIGURA EN LOS PLANOS ENTREGADOS”.

“Dentro del presupuesto oficial del proyecto se relacionaba en el ítem 20.1.10 el cerramiento de la obra bajo el nombre “CERRAMIENTO EN MALLA ESLABONADA Y TUBO”, el cual difiere sustancialmente del indicado en el plano en cuanto aquí se señala que es electro soldada y no eslabonada, además de ser en perfil metálico y no en tubo. En la Figura 3.9 se observa la distinción entre ambas mallas”. (Pág. 47).

“Por otro lado, en la especificación técnica del ítem 20.1.10 CERRAMIENTO EN MALLA ESLABONADA Y TUBO (ver Anexo 4.4), se encuentra que la especificación va dirigida para canchas (donde además los diseños no indican que tengan cerramiento) y no para el lote del proyecto.

Por todo lo anterior, se encuentra una gran discrepancia entre lo señalado en los diseños y lo indicado tanto en el presupuesto oficial como en la especificación técnica de este ítem”.

Ahora bien, en referencia a los diseños entregados al **CONSORCIO SAN ANTONIO** para la debida ejecución de la obra, el perito Vargas determinó que algunos de estos, presentaban grandes inconsistencias, con respecto a la ejecución de las siguientes obras:

El perito también encontró que contrariando la norma NRS-10 sobre estudios geotécnicos, varios de los planos estructurales de cimentación entregados por el **FONADE**, no contaban con la firma del ingeniero que realizó los respectivos estudios:

“3.18 INDICAR SI LOS PLANOS DE CIMENTACIÓN ENTREGADOS POR FONADE ESTABAN FIRMADOS POR EL INGENIERO GEOTECNISTA, AUTOR DEL ESTUDIO DE SUELOS

Acorde con el Título H Estudios Geotécnicos - numeral H.1.1.2.1 Firma de los estudios de la NSR 10, “todos los informes de los estudios geotécnicos y todos los planos de diseño y construcción que guarden alguna relación con estos estudios, deben llevar la aprobación del ingeniero director del estudio.” (Subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la obligatoriedad de contar con los diseños de cimentación debidamente firmados, los siguientes planos estructurales no cuentan con la firma del ingeniero de suelos director del estudio:

- Aulas
 - o E-01 Planta localización de columnas y pilotes
- Parqueo de buses
 - o E-01 Planta localización de columnas y pilotes
- Polivalentes
 - o E-02 Localización de pilotes
- Espacio público
 - o E-01 Planta localización de pilotes
- Preescolar
 - o E-02 Planta localización de pilotes

- CIRE
 - o E-01 Planta localización de pilotes”. (Pág. 54).

Con respecto a las losas macizas a construir, el perito también encontró deficiencias en los planos estructurales, y en los presupuestos oficiales, según su respuesta a las preguntas 3.19, 3.20:

“3.19 CORROBORAR SI EN LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS SUMINISTRADOS AL CONTRATISTA, EL CONSORCIO SAN ANTONIO, SI EXISTÍAN PLANOS Y DETALLES CONSTRUCTIVOS DONDE

SE PUDIERA EVIDENCIAR QUE LAS LOSAS MACIZAS DEBERÍAN SER CONSTRUIDAS CON LÁMINA COLABORANTE.

Al verificar los planos estructurales del área de aulas, polivalentes, preescolar y CIRE, encontramos que las placas de entrepiso no están diseñadas con lámina colaborante sino como placa maciza (ver Figura 3.13, Figura 3.14, Figura 3.15, Figura 3.16 y Figura 3.17)."

"Sin embargo, en la especificación técnica de la placa en su ítem 4.3.1 se señala en su descripción, procedimiento de ejecución y materiales la necesidad de construir dicha placa con lámina colaborante..."

"Por consiguiente, existe una incoherencia en el sistema constructivo de la placa de entrepiso entre los diseños estructurales y sus especificaciones técnicas". (Pág. 54 a 61).

"3.20 A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR ¿CÓMO DEBÍAN SER INSTALADOS LOS ANCLAJES DE LAS MAMPOSTERÍAS A LAS ESTRUCTURAS, QUE SE ENCUENTRAN DEFINIDOS EN LOS PLANOS ESTRUCTURALES?"

Acorde con el plano estructural E-03 Planta de cubiertas Aulas, los anclajes de la mampostería van enterrados en las vigas de concreto y fijados con resina epóxica a una profundidad de 20 cm (ver Figura 3.19). (Pág. 62)

Finalmente, el perito también encontró varias falencias con respecto al presupuesto oficial, las que igualmente incidieron en la correcta ejecución del proyecto:

"3.21 INDIQUE EL INGENIERO CONSULTOR SI EXISTE EN EL PRESUPUESTO OFICIAL UN ÍTEM QUE RECOJA LA EJECUCIÓN DE ESOS ANCLAJES REFERIDOS EN LA PREGUNTA ANTERIOR.

Revisando el presupuesto oficial, no existe dentro del capítulo 5 Mampostería, un ítem que recoja el anclaje epóxico 1/2" y 3/4" mostrado en los diseños estructurales de las aulas del megacollegio. (Ver pregunta 3.7.). (Pág. 63).

"3.22 INDICAR IGUALMENTE SI EN EL PRESUPUESTO OFICIAL EXISTE O EXISTEN LOS ÍTEMS PARA CONSTRUIR LOS PARASOLES DE LAS FACHADAS QUE APARECEN EN LOS DISEÑOS ARQUITECTÓNICOS ENTREGADOS.

En los planos de fachada de los diseños arquitectónicos no se encuentra indicado la construcción de parasoles".

Como corolario de las deficiencias técnicas encontradas en los planos, diseños y presupuestos entregados por el **FONADE** al contratista y sus efectos en la debida ejecución del contrato de obra, el perito Vargas detalla las siguientes actividades críticas que tuvieron una incidencia media y alta en su desarrollo:

“3.25 ESTABLECER QUÉ ACTIVIDADES CRÍTICAS SE INCORPORARON AL CONTRATO EN LA MODIFICACIÓN N° 2 DE FECHA 5 DE JULIO DE 2016, Y SI LAS MISMAS FORMABAN PARTE DE LOS DISEÑOS INICIALMENTE ENTREGADOS AL CONSORCIO SAN ANTONIO.

En la Tabla 3.4 se observa las actividades críticas de los ítems no previstos de la modificación N° 2.

INP052	Gaviones calibre 12	Debido a las condiciones de escorrentía superficial y topografía del terreno, en necesario adelantar obras complementarias que garanticen el correcto manejo de aguas y la protección de los concretos en los tanques enterrado
--------	---------------------	---

Es una obra de gran importancia para el control y estabilidad de la obra

INP057	Arena para base y protección de redes	Para la correcta nivelación y protección en las zanjas de las redes
--------	---------------------------------------	---

Puede atrasar una parte de las actividades de acabados exteriores

INCIDENCIA MEDIA

INP064 ,
INP065
INP066
INP067

Debido a la diferencia existente entre los planos y las especificaciones en cuanto al espesor de las placas en concreto, se hace necesario ajustar el precio al espesor de diseño, adicionalmente si se considera que se descartó la utilización de lámina colaborante en Steel Deck para acabado a la vista.

INCIDENCIA ALTA: Las placas de contrapiso y entrepiso son ítems que sí son prerequisite para continuar con otras actividades, como son los acabados, mampostería, redes, entre otras.

Como se puede observar, los ítems que presentaban ruta crítica eran las placas de contrapiso y entrepiso. Son elementos importantes que su falta de definición temprana complicaron la situación del proyecto, más teniendo en cuenta que no se acordó una prórroga al contrato.

Por último, toda vez que los ítems de la modificación N° 2 hacen parte de lo no previstos, se entiende que no estaban en el presupuesto original del contrato, o si estaban, su especificación no era consecuente con los estudios y diseños”. (Pág. 68 a 69).

“3.26 ESTABLECER QUÉ ACTIVIDADES CRÍTICAS SE INCORPORARON AL CONTRATO EN LA MODIFICACIÓN N° 3 DEL 10 DE ENERO DE 2017, Y SI LAS MISMAS FORMABAN PARTE DE LOS DISEÑOS INICIALMENTE ENTREGADOS AL CONSORCIO SAN ANTONIO.

En la Tabla 3.5 se observa las actividades críticas de los ítems no previstos de la modificación N° 3. (Pág. 71).

INP001 a INP020, 40, 41, 44, 47, a 50, 61, alta: Son actividades que van sobre las placas de entrepiso del proyecto, por eso es importante definir las para su pago, 62, 73, 83, 85, 104, media.

63. alta. Actividad importante para la ejecución de la mampostería

68 a 70, alta, Atrasa la ejecución de la estructura del tanque 70 y 72 media: Su construcción es importante ya que permite el movimiento relativo entre dos estructuras evitando así fisuras, grietas y/o desprendimientos. Son ítems de obra que se debieron incluir desde el comienzo del proyecto, no faltando 25 días para terminar el contrato.

77, alta: Junto con el atraso general de la obra, su cantidad presupuestada y relativa complejidad por las condiciones climáticas de la zona, lo hacen ítems críticos susceptibles a no terminarse para fecha de terminación del contrato.

80, alta: Junto con el atraso general de la obra, su cantidad presupuestada y relativa complejidad por las condiciones climáticas de la zona, lo hacen ítems críticos susceptibles a no terminarse para fecha de terminación del contrato.

93, alta: Elemento estructural que la demora en su definición trae consigo un atraso en la ejecución de otras actividades, como cubierta, acabados, redes, etc.

103, alta. Junto con el atraso general de la obra, su cantidad presupuestada y relativa complejidad por las condiciones climáticas de la zona, lo hacen ítems críticos susceptibles a no terminarse para fecha de terminación del contrato”.

“Como se puede observar, gran parte de los ítems no previstos del modificadorio N° 3 eran críticos considerando que faltaban apenas 25 días para la terminación de la obra y muchos de los elementos importantes del proyecto aún no estaban definidos, como son anclajes de las fachadas, acabados, cubierta, placa aérea, etc.”. (Pág. 70 a 75).

A manera de conclusión, el Tribunal tiene plenamente acreditado que el **FONADE** incumplió gravemente el contrato por razón de múltiples deficiencias encontradas en los documentos técnicos entregados al contratista, lo cual presupone graves fallas en el deber de planeación del contrato, tal como lo resume el perito:

“3.14 SI A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR LOS DISEÑOS ENTREGADOS ERAN COMPLETOS Y EJECUTABLES AL 100% PARA ALCANZAR EL OBJETO CONTRACTUAL.

Como se ha observado a lo largo de las respuestas dadas al cuestionario emitido por la parte demandante, los diseños iniciales entregados por FONADE al Consorcio presentaban las siguientes inconsistencias:

- Los linderos del proyecto no coincidía con las condiciones reales del terreno (ver pregunta 3.14)*
- No se presentaba el diseño estructural de la cubierta metálica de aulas, polivantes y CIRE (ver pregunta 3.3)*

La topografía de los diseños iniciales no coincidía con la real (ver pregunta 3.16)

- Cerramiento definitivo (ver pregunta 3.12)”. (Pág. 49 a 50).*

Las falencias y deficiencias encontradas en los estudios técnicos, diseños, planos y el presupuesto general de la obra fueron tan notorias, que mediante la modificación contractual número 2 de julio 05 de 2016, (folios 80- 87 del cuaderno de pruebas Nro. 01) y la modificación contractual Nro. 03 de enero 10 de 2017 (folios 88 y siguientes del cuaderno de pruebas Nro. 01), se incorporaron 22 ítems no previstos (**INPs**), y posteriormente otros 56 **INPs**, según el otro número 3 de fecha enero 10 de 2017, los cuales representaban una incidencia equivalente al 32% del valor del contrato de obra Nro. 2151046, según el perito:

“3.28 DEL ANÁLISIS DEL MODIFICATORIO N° 3 DETERMINÉ SÍ CON LAS CANTIDADES DE OBRA ESTABLECIDAS EN DICHO MODIFICATORIO, LA OBRA SE PODÍA EJECUTAR DE ACUERDO CON LOS DISEÑOS ENTREGADOS AL 100%.

*Teniendo en cuenta las dificultades entre el diseño y la implementación del proyecto, en el 46,53% de avance se han realizado modificaciones en el presupuesto contractual por mayores cantidades e ítems no previstos equivalentes al 32% (5.051.471.544 del modificadorio N° 2 y 2.521.735.624 del modificadorio N° 3 sobre los 22.979.704.282 del valor del contrato), **por ende es altamente probable que el proyecto requiera ajustes aún no determinados a esa fecha** ya que faltaba el 53,47% restante de la obra”. (Pág. 76).*

Resulta notorio que, si solamente se alcanzó a ejecutar el 46,53% de la obra, y los ítems no previstos implicaron una modificación del 32% del valor del contrato, los **INPs**, representan aproximadamente el 70% de la obra efectivamente desarrollada, lo cual evidencia una grave falla en la planeación del contrato. La opinión del perito se refuerza con el concepto contractual de imprevistos. Según las reglas de participación 4.4.6, los INPs se definen así:

*“Son ítems o actividades no previstas, **aquellas necesarias para el cumplimiento del objeto contractual** o técnicamente convenientes u oportunas, no pactadas desde el inicio del contrato”.*

De manera que los **INPs** incorporados en las modificaciones contractuales números 2 y 3, si resultaban necesarios e indispensables para la debida ejecución de la obra.

También se encuentra acreditado lo manifestado en la demanda reformada, en el sentido que durante la ejecución de la obra se acordó entre el **CONSORCIO** y la interventoría, que se debían incluir más de 100 **INPs** al contrato, para la debida ejecución de la obra. (Los 66, referidos en la modificación número 2, más 56 de la modificación número 3)

4.1.3. LAS JUSTIFICACIONES DADAS POR EL FONADE

Como justificación y causal de exoneración de responsabilidad relacionada con las múltiples falencias en los estudios, diseños, planos y presupuestos de obra entregados por el **FONADE** al contratista para la ejecución de las obras, la parte convocada reiteradamente ha manifestado que la culpa recae exclusivamente en el **CONSORCIO**, debido a que según lo pactado en la cláusula quinta del contrato de obra Nro. 2151046 de julio 05 de 2016, parágrafo, se convino que previamente a la suscripción del acta de inicio:

*“**EL CONTRATISTA** contará con quince (15) días calendario para la suscripción del acta de inicio so pena de hacer efectivas las garantías que amparan el contrato, plazo en el cual deberá, entre otras:*

- *Revisar los estudios y diseños para presentar a la interventoría (dentro del mismo término) las observaciones a los mismos”.*

Igualmente se afirma que, al no objetar la documentación técnica, se entiende que el contratista la acepta sin problema alguno, según las reglas de participación, por lo que, con posterioridad, nada puede reclamar al respecto, según las reglas de participación:

“4.3.8. Obligaciones relacionadas con los diseños, planos, estudios técnicos y especificaciones de construcción. Previo a la suscripción del acta de inicio, el CONTRATISTA se obliga a revisar los estudios y diseños y presentar las observaciones a los mismos, en caso de no hacerlo se entenderá la aceptación total de los mismos.”

Por tanto, según el **FONADE**, las inconsistencias y falencias en los estudios, diseños, planos y presupuesto, debieron haberse puesto de presente por el **CONSORCIO** dentro del referido plazo de 15 días. Sin embargo, según la convocada, al haberse suscrito el acta de inicio sin observación alguna a los planos, estudios, diseños y presupuesto de obra, con posterioridad, el **CONSORCIO** no se puede alegar ninguna falencia o inconsistencia a los mismos.

Con respecto a la debida interpretación del referido párrafo de la cláusula quinta del contrato de obra, el Tribunal entiende que su alcance no puede ser otro diferente a que la previa revisión de los estudios, diseños, planos y presupuestos se contrae a verificar las falencias y omisiones que aparezcan de forma evidente y manifiesta, sin que el plazo de los 15 días corresponda a un término preclusivo que tenga la virtud de sanear las inconsistencias graves que aparezcan y se manifiesten durante la ejecución de la obra, entre otras razones, porque el **CONSORCIO** no fue el diseñador del proyecto, sino su ejecutor.

Del comportamiento reiterado de las partes también se infiere la conclusión del tribunal, pues como se anotará más adelante, muchos documentos técnicos fueron entregados al contratista con posterioridad a la firma del acta de inicio, y durante toda la ejecución contractual, se hicieron varios ajustes a la documentación técnica, a petición del **CONSORCIO**, tal como lo reconoce el apoderado del **FONADE**, en sus alegatos.

En todo caso, en la denominada acta de pre-construcción suscrita el día 28 de mayo de 2015. (Ver folio 104 del cuaderno de pruebas Nro. 10), suscrita entre el **FONADE** y el contratista, se hicieron varias observaciones preliminares, las cuales cumplen el mismo objetivo previsto en el referido párrafo de la cláusula quinta del contrato, aunque dichas observaciones no se hayan reproducido en el acta de inicio. Las 16 observaciones técnicas pertinentes, fueron las siguientes:

“PRELIMINARES.

1. Viendo las unidades de proyecto la partida 1.1.2. contempla la ejecución de 15.650.64 m2 de limpieza y descapote, mientras que el predio tiene una superficie de 24.506.435 m2 según el plano topográfico.

2. De la misma manera las unidades de proyecto en la partida 1.1.3 recogen 13.609.25 m2 de replanteo mientras que el área afectada por el proyecto es de 24.501.67 m2 de acuerdo con el plano A2 de movimiento de tierras.

CIMENTACIÓN

3. Las partidas del capítulo 2.1. referidas a la excavación de los pilotes no incluyen la retirada de tierras procedentes de dicha excavación, por lo que es necesario saber qué hacer con esas tierras más debido a que las mismas estarán contaminadas por los dos bentoníticos de acuerdo con la solución proyectada.

4. El volumen teórico de esa excavación con las unidades referidas en proyecto es de unos 2.800 m3.

ESTRUCTURA

5. En las cubiertas no encontramos en los planos los detalles de los anclajes de los contravientos a los soportes de la estructura.

6. Tampoco encontramos los detalles de las uniones de los distintos perfiles de la estructura de la cubierta.

7. En los planos de estructura no vemos la definición de los pilares circulares de soporte de las pérgolas, diámetros y espesores. Tampoco están los detalles de los anclajes de dichos pilares ni en su base, ni en su encuentro con la estructura de la cubierta de las pérgolas.

ARQUITECTURA

En los planos de corte de las fachadas vemos algunos elementos que no se recogen en las unidades del presupuesto del proyecto que difieren en las recogidas en dicho presupuesto.

8. Los enchapes con bloque de concreto tipo piedra que aparecen en las secciones de las fachadas con la referencia 95, son de 10 cm. de espesor, mientras que en presupuesto las unidades de enchape son de 4 cm. de espesor. Aclara este aspecto.

9. Los remates de las cubiertas marcados con la referencia 85 compuestos por perfiles 30 x 50 cm calibre 18 no están recogidos en las unidades presupuestadas de la perfilera de las estructuras de la cubierta.

10. Vemos numerosos detalles de impermeabilización de elementos como aleros y vigas canal que no cuentan con el pendienteado necesario para la conducción de las aguas recogidas.

INSTALACIONES HIDROSANITARIAS

11. En los planos de planta del sistema hidrosanitario se aprecian la instalación de 2 bombas para el tanque de agua potable y de tres bombas para el tanque de agua de lluvias, si bien en el presupuesto se recogen únicamente 4 bombas, 2 bombas de 6,5 HP para el tanque de agua sanitaria (no sabemos si este tanque es el de agua de lluvias indicado en los planos).

12. Por otro lado, el tanque de agua del sistema contra incendios carece de sistema de BOMBEO.

CUBIERTAS E IMPERMEABILIZACIONES

13. Como hemos indicado en el apartado de estructura detectamos la falta de detalles de anclajes de las cubiertas a los soportes tanto a los muretes de apoyo como a los pilares metálicos.

14. De la misma forma faltan los detalles de encuentros entre las perfileras que conforman la estructura soporte de las cubiertas.

15. Vemos vigas canal en donde vierten el agua las cubiertas que carecen de impermeabilización en planos.

16. Los tres tanques de agua existentes carecen de impermeabilización”.

De otra parte, el **FONADE**, para sustentar que no incurrió en incumplimiento alguno, invoca la aplicación de la regla de participación 4.3.8.2, relativa a la responsabilidad del contratista con respecto a las adecuaciones, complementaciones, ajustes y modificaciones a los diseños, para justificar las contradicciones y deficiencias en los planos diseños y estudios técnicos.

Para el Tribunal, el recto entendimiento de la regla de participación 4.3.8.2, no es otro que dicha obligación se refiere, exclusivamente, a la complementación y ajuste de los estudios y diseños eléctricos, respecto a los cuales el **CONSORCIO** asumió la obligación de actualizarlos y modificarlos, pero no aplica frente a los otros estudios y diseños.

4.2. DIFERENCIAS RESPECTO A LAS EXCAVACIONES Y RELLENOS

Otra de las diferencias determinantes que se presentaron entre las partes, corresponde al volumen de tierra facturado, como consecuencia de las excavaciones realizadas en forma manual y mecánicamente, reportadas por el **CONSORCIO**, y lo pagado por tales labores.

Sea lo primero reiterar que desde la denominada acta de preconstrucción de fecha 28 de mayo de 2015, en las observaciones preliminares 1 y 2, el **CONSORCIO** dejó constancia que se presupuestó solamente la limpieza y descapote de 15.650.64 m2 mientras que según el plano topográfico y el plano A2 de movimiento de tierras, la extensión real del lote donde se realizaría la construcción era de 24.501.67 m2. Al respecto el perito Vargas manifestó:

“3.16 ¿SI EFECTUADA LA SUPERPOSICIÓN DEL PLANO DE LÍNEAS DE CURVAS ENTREGADO POR FONADE DE NOMBRE T01 LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO YA LEVANTADO, Y ENTREGADO POR EL CONSORCIO SAN ANTONIO QUE SE LLAMA PLANO GENERAL, SE PRESENTAN DIFERENCIAS Y QUE INCIDENCIA TIENE SOBRE LOS VOLÚMENES A EJECUTAR EN EL ÍTEM DE MOVIMIENTO DE TIERRAS?

*De la superposición de ambos planos, más allá de un patrón similar en el lado oriental del predio (ver Figura 3.12), la tendencia general en que ambos difieren sustancialmente el uno del otro, tanto en la forma de como las curvas de nivel se asemejan a la configuración del terreno como en el valor de cada cota de nivel (entre 0,5 - 7,5 m), siendo la topografía inicial más baja que la del Consorcio. Ante esta situación, **el movimiento de tierras, principalmente ítems como excavación, rellenos y depósitos de material, tienden a ser mayor con la topografía del Consorcio.***

Es importante señalar que en el “informe de ejecución levantamiento topográfico lote megacolegio Buenaventura” realizado por PSA en el año 2014, y que corresponde a la topografía inicial entregada por FONADE durante el proceso de selección para la construcción del megacolegio, se señala en sus conclusiones que “la topografía levantada no es detallada, para realizarla se debe talar el bosque que

cubre el polígono”. Por lo anterior, es de esperar que durante el desmonte y descapote del terreno se encontrasen diferencias importantes entre la topografía inicial y la real”. (Pág. 51 a 53).

“3.17 A JUICIO DEL INGENIERO CONSULTOR EN LOS DISEÑOS ENTREGADOS POR FONADE ¿EXISTE DETALLE DEL MOVIMIENTO DE TIERRAS A EJECUTAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO?

Dentro de los estudios y diseños iniciales del proyecto encontrados en la página web de la entidad contratante no existe detalle del cálculo del movimiento de tierras. Es probable, no obstante, que la cantidad de este ítem provenga de un software de diseño como Civil3D® o de un software de modelo BIM como REVIT® y/o Navisworks®, para lo cual, sin embargo, el diseñador debió proveer las hojas de cálculo”. (Pág. 53).

Como bien lo manifiesta el perito, aparte de que el lote proyectado inicialmente para la ejecución de las obras tenía una superficie de 24.501.67 m² y no de 13.609.25 según lo previsto para el movimiento de tierras en el plano A2, al tomarse en cuenta los linderos que aparecen en el plano general levantado por el **CONSORCIO** como consecuencia del replanteo de linderos debido a la presencia de la PTAR y la superposición de una carretera, se evidencia que el movimiento de tierras, conforme a este último plano, tiende a ser mayor que el previsto en el plano de levantamiento topográficos T01 entregado por el **FONADE**.

Tampoco puede pasarse por alto lo manifestado por el **CONSORCIO** mediante oficio CSA-15-0022 de junio 23 de 2015 (folio 2399 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07), en el cual manifiesta a la interventoría:

“...con la presente estoy solicitando me definan exactamente las cantidades de obra a ejecutar para los ítems localización, replanteo y descapote presupuestados en 13.609.25 m² (...) de localización y replanteo a la fecha se han ejecutado 15.000, 15.000 de rocería y 10.000 de descapote...”

Es decir, desde muy temprano, (junio 23 de 2015), el **CONSORCIO** puso en conocimiento de Serinco la gran diferencia entre lo presupuestado para los ítems de localización, replanteo y descapote por 13.609 m² cuando a dicha fecha, el movimiento de tierra ejecutado era de 40.000 m².

Tal como quedó plenamente acreditado en las facturas parciales de obra desde la Nro. 01 hasta la número 18, el ítem correspondiente a movimiento de tierras y excavaciones siempre se sustentó con base en las carteras topográficas elaboradas por el contratista y los volúmenes, precios y valores correspondientes, fueron previamente aprobados y avalados por el interventor.

En abril 1 de 2016, mediante oficio CSA-2016-292, el contratista hace entrega de las carteras topográficas que justifican los movimientos de tierra realizados hasta ese momento (folio 2473 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07). Igualmente, mediante comunicación CSA-16-0533 de septiembre 13

de 2016 (folio 2338 del Cuaderno de Pruebas Nro. 06), nuevamente el **CONSORCIO** remite al interventor las carteras topográficas relativas a los movimientos de tierra y rellenos realizados en la ejecución de la obra.

De suerte que, al encontrarse como anexos a las facturas de obras parciales números 1 hasta la 17, las respectivas carteras topográficas, y habiéndose aprobado dichas facturas por el interventor de la obra, no le era lícito al **FONADE** objetar el pago de las facturas parciales de obra Nros. 18 y 19, bajo el argumento que solamente a finales del 2016, el interventor se dio cuenta que los volúmenes y precios establecidos y previamente aprobados por Serinco, en las actas parciales de obra número 1 hasta la 18, contenían volúmenes de excavación y relleno que no eran ciertos y, por lo tanto, se debía descontar lo ya pagado por estos conceptos, por razón de las facturas parciales de obra, de la 1 hasta la 17.

Al respecto, mediante oficio CSA-16-0611 de enero 4 de 2017, (folio 2722 cuaderno de pruebas # 7), el **CONSORCIO** hace la siguiente reclamación al **FONADE**, la cual no tuvo respuesta:

“Asunto: no conformidad con la tramitación de actas parciales de obra”

“Así mismo, el personal de interventoría no hace acompañamiento en obra para comprobar las cantidades de obra ejecutadas mensualmente, y se limita a tomar las medidas teóricas de los diseños, sin reconocer las obras realmente ejecutadas...”

Debido a que las memorias o carteras topográficas que sirvieron de fundamento para el cálculo de los m² de tierra resultantes de las excavaciones manuales y mecánicas realizadas mes a mes, fueron las elaboradas por el contratista, sin que el contenido de las mismas hubiese sido constatado con las memorias topográficas levantadas por la interventoría, pues según se acreditó en el proceso, Serinco no realizó ninguna tal como se confiesa en los alegatos presentados por el **FONADE**, no es posible que con posterioridad a 18 meses de ejecución pacífica del contrato con relación a los m² de tierra excavada y su valor, y después que efectivamente fueran pagadas las actas parciales de obra, desde la 1 hasta la 17, el **FONADE** proceda a descontar del valor supuestamente mal facturado del acta parcial de obra número 18, por los supuestos pagos excesivos de todas las facturas anteriores

Se reitera, de manera tardía, con fecha 18 de agosto del 2017, (folio 60, cuaderno de pruebas #11), el **FONADE** informa al **CONSORCIO** que haría un descuento al acta parcial de obra número 19...”
...correspondiente a valores de actividades ya desembolsadas por FONADE, y que en su revisión final SERINCO COLOMBIA consideró no debieron haber sido desembolsadas...”

Es decir, varios meses después de finalizado el contrato, y basados en la simple afirmación de Serinco, se pretende descontar una suma pacíficamente pagada durante los primeros 17 meses de ejecución contractual y con respecto a actas parciales de obra que fueron debidamente aprobadas por la interventoría, tal como lo confirma el perito:

“3.23 INDICAR SI LAS CANTIDADES DE OBRA EJECUTADAS Y EFECTIVAMENTE PAGADAS POR FONADE, FUERON DEBIDAMENTE APROBADAS POR LA INTERVENTORÍA Y LA SUPERVISIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA, MEDIANTE LAS 18 ACTAS DE AVANCE DE OBRA, RADICADAS JUNTO CON LAS RESPECTIVAS FACTURAS.

Del texto citado, y tomando en cuenta que las 18 actas de avance de obra fueron efectivamente canceladas según reporta tanto FONADE como el Consorcio, se puede señalar que el pago contó con la aprobación de SERINCO como interventor del proyecto”. (Pág. 64).

No se entiende cómo, unas sumas supuestamente pagadas de más en las actas parciales de obra 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, correspondientes al ítem de excavaciones y rellenos, solamente en las actas parciales de obra 18 y 19 se descuentan, aduciendo el **FONADE**, como fundamento de tal decisión, que la interventoría le manifestó que había cometido un error al aprobar el pago de las 17 facturas anteriores, pues en concepto de Serinco, las cantidades de m2 de tierra resultantes a las excavaciones, era muy inferior. Esta razón no sirve de fundamento para haber hecho los descuentos con respecto al acta parcial de obra 18, y para haberse negado a pagar el valor de la factura Nro. 19, debido a que el volumen arrojado en las carteras topográficas levantadas por el contratista y anexadas a las primeras 17 actas, fueron previamente avalados por el interventor, además, por cuanto el interventor no realizó ningún levantamiento topográfico y, por tanto, carecía de soportes técnicos para realizar una objeción seria.

Se reitera, si Serinco previamente aprobó el pago de los volúmenes de m2 excavado y facturado en las primeras 17 actas parciales de obra, y para autorizar tal pago, la validación de los m2 de tierra facturado en cada uno de estos documentos se realizó tomando como sustento, únicamente las carteras topográficas levantadas por el **CONSORCIO** y anexadas a cada una de tales facturas, en razón a que el interventor no levantó sus propias carteras topográficas, resulta abusivo y constituye grave incumplimiento contractual que, por la simple afirmación de que durante 18 meses se equivocó el interventor al haber aprobado el volumen de tierra excavado y los rellenos realizados en la obra, finalmente se haya descontado parte de la suma reclamada en el acta parcial de obra Nro. 18, y se haya negado el pago del acta parcial de obra Nro. 19, por las mismas razones.

Es de resaltar que si después de transcurridos 18 meses de la ejecución de la obra, el interventor se dio cuenta que los volúmenes de m2 de tierra facturados y pagados con anterioridad no estaban justificados, lo que se evidencia es un grave incumplimiento de Serinco en el control de la obra. En primer lugar, por no haber realizado el levantamiento de sus propias carteras topográficas, o al menos, haber dispuesto de personal idóneo que acompañara al topógrafo contratado por el contratista, en los momentos en que este realizaba el levantamiento de las carteras topográficas, por dar el visto bueno a dichos documentos, así como por haber validado, durante 18 meses de ejecución contractual, lo facturado por el contratista por este ítem, sin salvedad alguna.

Por tanto, si fuere cierto que se presentó un pago de más en el ítem de excavaciones, descapote y rellenos, por dichos perjuicios debería haber respondido el interventor, por grave incumplimiento de sus funciones.

En todo caso, con relación a las excavaciones, descapote y movimientos de tierra, desde la firma del acta de preconstrucción, el contratista dejó en claro que el área del lote a intervenir, era muy superior a la presupuestada en el contrato y que por tanto, la cantidad de tierra final resultante, sería muy superior, circunstancia que efectivamente ocurrió, sin que pueda entenderse que se trata de obras adicionales o no previstas, pues tratándose de un contrato de obra a precios unitarios, lo frecuente es que el precio final corresponda al precio fijado en el contrato, más los reajustes, según la cantidad de obra realmente ejecutada.

Si bien, con posterioridad a la terminación del contrato, el **FONADE** contrató a la firma Emprociv para que realizara un peritaje con respecto a las excavaciones realizadas por el **CONSORCIO**, y esta experticia fue puesto en conocimiento del contratista el 28 de julio de 2017, en el proceso quedó en claro que las mediciones y cálculos realizados por la firma Emprovic se sujetaron, principalmente, a la información suministrada por el **FONADE**, y resulta que esta difiere sustancialmente con respecto a la utilizada por el **CONSORCIO**.

Por tanto, no es sorprendente que, con base a la documentación técnica preparada por el contratista, el movimiento de tierra haya resultado superior, tal como lo expresó el perito Vargas, al responder las preguntas 3.16 y 3.23:

“Ante esta situación, el movimiento de tierras, principalmente ítems como excavación, rellenos y depósitos de material, tienden a ser mayor con la topografía del Consorcio”.

“Es sabido que las cantidades reales de cualquier proyecto se conocen después de finalizado el contrato a través de un estricto control de obra y presupuesto. Si bien se habla que la precisión en la cuantificación de la obra en la fase III de diseños en proyectos de infraestructura es del 90-100%4, la realidad es que muy rara vez se alcanza el 100%; para proyectos de edificaciones, la actividad con menor precisión son excavación y rellenos, ya que depende de factores del subsuelo que son de alta incertidumbre”. (Pág. 83).

Lo anterior, sin pasar por alto que al responder la pregunta número 3.15, el perito aclaró que efectivamente existían varias diferencias entre el plano de levantamiento topográfico T01 entregado por el **FONADE**, y el plano PG-N1 CUADRO DE AÉREAS APROXIMADO, elaborado por el **CONSORCIO**, una vez definida la realinderación del lote en el cual efectivamente se realizarían las obras. Igualmente, se debe tener en cuenta que al responder la pregunta 3.17 el mismo perito manifestó que dentro de los diseños y estudios del **FONADE**, no aparece el detalle relativo al cálculo del movimiento de tierras.

De manera que, si el estudio técnico realizado por la firma Emprociv, entregado en agosto de 2017, se basó principalmente en los cálculos y diseños realizados por el **FONADE**, tal como lo afirmó el ingeniero Néstor Aníbal Espinosa, representante legal de dicha sociedad en su declaración de fecha octubre 18 de 2018, y está penamente acreditado que dichos estudios y diseños contenían muchas deficiencias técnicas, no resulta sorprendente que sus resultados finales difieran de la información contenida en los levantamientos topográficos elaborados por el **CONSORCIO**.

Finalmente, es manifiesto que en julio de 2017, fecha del estudio final realizado por la firma Emprociv, era evidente que no se podía determinar, con exactitud, la cantidad de tierra excavada ni los m2 de relleno efectuados, como tampoco el volumen de tierra trasladado a los botaderos por parte del **CONSORCIO**, por tratarse de obras realizadas muchos meses antes y con construcciones efectuadas en el lote, circunstancias que no permitían desestimar, de manera cierta, lo relacionado por el **CONSORCIO** en sus memorias de cálculo, y previamente avaladas por Serinco, al aprobar el pago de las primera 17 actas parciales de obra.

4.3. ENTREGA TARDÍA DE DOCUMENTACIÓN TÉCNICA

Otro incumplimiento que también quedó plenamente acreditado es que el **FONADE**, tardíamente procedió con la entrega de algunos planos y especificaciones técnicas necesarias para el buen desarrollo de la obra:

1. Los planos de cimentaciones debidamente firmados y avalados por el geotécnico, como lo ordena la norma NSR-10, solamente fueron entregados el 26 de agosto de 2015;
2. Con fecha de junio 10 de 2015, el **FONADE** hace entrega al **CONSORCIO** del tomo correspondiente al informe de cálculo estructural de la zona pública y del tomo que contiene las memorias de cálculo de la estructura metálica de polivalentes;
3. Los diseños estructurales de la parte metálica solamente fueron entregados el 31 de mayo de 2016.

De otra parte, aparece acreditado que el **CONSORCIO SAN ANTONIO**, de manera oportuna, puso en conocimiento del **FONADE** varias inconsistencias que durante la ejecución del proyecto fueron apareciendo, atientes a falencias en los estudios, diseños y planos, así como puso de presente la necesidad de incorporar varios INPs, peticiones que no fueron resueltas por el **FONADE** dentro de un término razonable, según el plazo de ejecución contractual previsto en 22 meses, lo anterior, sin perder de vista que algunas reclamaciones, ni siquiera fueron contestadas, a saber:

1. Mediante oficio CSA-15-0014 de junio 06 de 2015 (folio 2397 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7), el **CONSORCIO** solicitó incorporar varios INPs y la solicitud solamente fue definida mediante modificación contractual Nro. 02 de julio 05 de 2016, es decir, un año después;

2. Con respecto a los pilotes, las falencias encontradas en los diseños fueron puestas en conocimiento de Serinco mediante oficio CSA-015-00114 de junio 06 de 2015 (folio 2397 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7); tales falencias nuevamente fueron reiteradas mediante oficio CSA-15-041 de julio 13 de 2015, indicando que mientras no se definiera el asunto, el pilotaje no se podía iniciar en la fecha programada, y el asunto fue resuelto el 20 de agosto de 2015.
3. Igualmente se solicitó la firma de los planos y diseños por parte del geotecnista. Dichas solicitudes solamente fueron resueltas el 20 de agosto de 2015, es decir, más de dos meses después del primer requerimiento;
4. Mediante oficio CSA-15-0014 de junio 06 de 2015 (folio 2397 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7), se comunica a la interventoría las falencias en los diseños de las losas macizas, inconsistencias que solo fueron resueltas en agosto 04 de 2015;
5. Mediante oficio CSA-0054 de agosto 03 de 2015 (folio 2437 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07), se relacionan 13 inconsistencias con respecto a los diseños, solicitud que tardó más de dos meses en resolverse;
6. Mediante oficio CSA-16-407 de junio 23 de 2016, el **CONSORCIO SAN ANTONIO** informa al **FONADE** que el proyecto ha sido afectado de manera crítica y que varios INPs que fueron puestos en conocimiento de la interventoría desde noviembre de 2015, a la fecha no se ha decidido nada al respecto;
7. Mediante oficio CSA-016-455 de agosto 3 de 2016, (folio 2517 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7), el **CONSORCIO** reclama al **FONADE** que desde el pasado 10 de junio de 2016, solicitó incorporar nuevos INPs, y el interventor no ha iniciado el trámite correspondiente para su definición;
8. Según acta 62 de seguimiento del proyecto de agosto 13 de 2016 (folio 173 del Cuaderno de Pruebas Nro. 13), manifiesta el **CONSORCIO** que es imposible comenzar las obras de mampostería sin que se incorporen los INPs relacionados con el anclaje.
9. Mediante oficio CSA-16-0498 de agosto 18 de 2016, se solicitó a la interventoría hacer una reprogramación al contrato por razón de las inconsistencias halladas en los diseños, especificaciones, APU y presupuestos, solicitud que no fue atendida;
10. Mediante oficio CSA-16-508 de septiembre 02 de 2016 (folio 2565 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07), el **CONSORCIO** informa al **FONADE** que, si no se incorporan los INPs solicitados desde junio 10 de 2016, no será posible la debida ejecución del contrato. Sin embargo, estos INPs, solamente fueron adicionados al contrato mediante modificación Nro. 03 de enero 10 de 2017, es decir, 7 meses después de la solicitud del contratista, y faltando sólo 24 días para el vencimiento del plazo contractual;

11. Mediante oficio CSA-552 de octubre 10 de 2016, (folio 2651 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7), se informa al **FONADE** que solamente se podrá elaborar un cronograma real de obras, cuando se resuelva lo correspondiente a los trabajos adicionales realizados, y la incorporación de los INPs solicitados;

12. Igual pronunciamiento con respecto al cronograma de obras hizo el **CONSORCIO SAN ANTONIO** mediante oficio CSA-16-562 de octubre 24 de 2016;

13. Mediante oficio CSA-16-570 de noviembre 04 de 2016, el **CONSORCIO SAN ANTONIO** nuevamente insiste en la necesidad de aprobar los INPs solicitados desde junio, para poder realizar en debida forma la obra;

14. La misma petición se hace en oficios CSA-016-500, 501 y 502 de agosto 29 de 2016, pero dichos INPs sólo quedaron aprobados en enero 10 de 2017;

15. Las inconsistencias encontradas con respecto a las placas de concreto, fueron comunicadas mediante oficio CSA-015-0014 de junio 06 de 2015 (folio 2397 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7), asunto que solamente fue resuelto en agosto 27 de 2015, según consta en el acta Nro. 12 del comité de seguimiento de obra.

Todos los incumplimientos del **FONADE**, anotados anteriormente configurarían un incumplimiento a su deber de planeación, tal como se ha alegado en la demanda, obligación que aparece implícita en los artículos 23, 25, 26 y 30 de la Ley 80 de 1993, irregularidades que se presentaron desde la preparación del contrato y continuaron durante la adjudicación, celebración y ejecución de la obra, etapas en las cuales también se debe respetar el deber de planeación, según reiterada jurisprudencia (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 05 de 2016, Exp. 56080 y octubre 20 del 2014. Exp: 24.809). Sin embargo, por virtud de haberse suscrito la modificación contractual Nro. 03 de enero 10 de 2017, dicho incumplimiento se entiende purgado, como se explicará con detalle más adelante.

4.4. SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE FONADE A LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN, LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN DE 1991 POR PERMITIR QUE LA FIRMA SERINCO COLOMBIA ACTUARA COMO INTERVENTOR

Manifiesta el Consorcio San Antonio, en su pretensión No. 6, que existe un incumplimiento al contrato por parte de FONADE, al existir un conflicto de competencia entre la auditoria, SERINCO COLOMBIA y la empresa que realizo los estados y diseños iniciales de la obra, al presentarse similitud en el representante legal de una y otra. Para el convocante, *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, con transparencia, con planeación y en acato a la ley y a las propias reglas y autonomía contractual. En virtud de que existe un evidente conflicto de intereses entre el consorcio PSA (diseñador) y Serinco*

Colombia (Interventor) por parte de la empresa que realizó los diseños y la empresa que efectúa la interventoría, sus actos jurídicos, es decir, los de la interventoría, son NULOS, por contrariar una disposición imperativa de la ley, de acuerdo a lo previsto por el artículo 899 del Código de Comercio colombiano, que dice: Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1°) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa (...).”(Reforma de la Demanda, Pág. 103)

A citada pretensión, FONADE se opuso negando la existencia del conflicto de intereses entre la sociedad SERINCO COLOMBIA (el interventor) y el Consorcio PSA (Consultor que actualizó y ajustó los estudios y diseños empleados en el contrato de obra No. 2151046, pues el convocado ha realizado estudios acordes a las reglas objetivas y restricciones contenidas en las reglas de participación, en las que no existen taxativamente los conflictos de interés. Además, agregó que los diseños y estudios originales, fueron realizados por el Arquitecto Alfonso Tamayo Guevara. Concluye dicha entidad que *“no se puede hablar de algún tipo de conflicto de interés, cuando la interventoría Serinco hizo interventoría a un contrato de obra cuyos estudios y diseños originales fueron realizados por el Arquitecto Alfonso Tamayo Guevara.”*(Contestación reforma de demanda).

Así mismo, la ingeniera Ángela María Lombana Velásquez, negó que existiera conflicto de intereses, e incluso hizo referencia a que dicha situación fue estudiada en la etapa oportuna, *“elevando consulta al proceso de Selección”*, así mismo, referenció que PSA era una fábrica de diseño que no sólo le había sido asignado el asunto del mega colegio en Buenaventura, sino que existían otros. (Audiencia del 10 de octubre de 2018, Testimonio).

Para este Tribunal, tras hacer un estudio de las pruebas documentales y testimonios practicados, no encuentra sustento suficiente que pruebe el conflicto de competencias alegado por el Consorcio San Antonio como incumplimiento del contrato por parte de FONADE. El convocante únicamente refirió coincidencia en el representante legal, pero no necesariamente, de ello, se deduce que la interventoría realizada por SERINCO actuara de mala fe o en favorecimiento de PSA.

Sin embargo, aunque no hay ley que tipifique la inhabilidad o conflicto de interés alegado, si resulta altamente inconveniente que exista coincidencia en la representación legal de la sociedad que realiza los diseños y documentos técnicos de una futura construcción, y la empresa que realiza la intervención de la ejecución del respectivo contrato de obra.

5. INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO

En cuanto al comportamiento contractual de la convocante, a través de diferentes comunicaciones de interventoría, resultaba evidente el incumplimiento del **CONSORCIO** en cuanto al suministro de personal y la obligación de mantener el stock de material suficiente para la ejecución de la obra, factores que indudablemente incidieron en el sistemático atraso en la ejecución de las obras. Con respecto al personal, la interventoría realizó múltiples observaciones, mediante comunicaciones PC-

BNV-055-2015 de agosto 03 de 2015, OC-BNV-2015-105 de enero 20 de 2016, OC-BNV-2015-17 de enero 30 de 2016, OC-BNV-2016-126 de febrero 19 de 2016, OC-BNV-2016-191 de mayo 24 de 2016, OC-BNV-2016-185 de agosto 16 de 2016, OC-BNV-2016-316 de septiembre 19 de 2016, OC-BNV-2016-324 de septiembre 16 de 2016, OC-BNV-2016-329 de octubre 04 de 2016, OC-BNV-2016-352 de octubre 25 de 2016 y OC-BNV-2016-355 de octubre 29 de 2016, entre otras.

En relación a la deficiencia en el suministro de material, aparecen observaciones de la interventoría en las actas del comité de obra Nro. 42, 43, 47 y 52, así como en las comunicaciones OC-BNV-2016-271 de agosto 04 de 2016, OC-BNV-2016-324 de septiembre 26 de 2016, OC-BNV-2016-329 de octubre 04 de 2016, OC-BNV-2016-366 de noviembre 08 de 2016, OC-BNV-2016-381 de noviembre 22 de 2016 y OC-BNV-2016-396 de diciembre 13 de 2016, entre otras.

Ahora bien, si el contratista, al terminar el contrato, llegado el día 4 de febrero de 2017, fecha de vencimiento de los 20 meses previstos para su ejecución, solamente logró adelantar aproximadamente el 47% de la obra, también resulta evidente un continuo atraso en el cumplimiento del contrato por parte del **CONSORCIO**, incumplimiento que no puede ser achacado exclusivamente al **FONADE**, al paro camionero y a las constantes lluvias, por lo que también le asiste una gran culpa a la convocante, con respecto a la inejecución contractual.

Sin embargo, como se expondrá ampliamente, los incumplimientos anotados en que efectivamente incurrió el contratista, no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal debido a que se obtuvo un saneamiento o purga de la mora por virtud de la suscripción de la modificación del contrato Nro. 03 el 10 de enero de 2017, sin que el **FONADE** hubiera dejado constancia o reparo alguno al respecto, o reserva para efectuar con posterioridad las reclamaciones pertinentes.

5.1. LA PURGA O SANEAMIENTO DEL MUTUO INCUMPLIMIENTO

Con respecto a las modificaciones contractuales Nro. 02 de fecha julio 5 de 2016, y 03 del 10 de enero de 2017, las cuales resultan determinantes para resolver este litigio, el Tribunal quiere resaltar lo siguiente:

La relación comercial Nro. 02 de julio 05 de 2016, que modifica el párrafo primero de la cláusula tercera del contrato de obra Nro. 2151046, se refiere a la inclusión de 22 INPs, de los 66 ítems previamente solicitados por el **CONSORCIO**, y aceptados por la interventoría, documento que contiene el siguiente balance:

- a) Valor recursos suprimidos: \$5.051.471.544;
- b) Valor mayores cantidades de obra: \$2.544.670.157;
- c) Valor actividades no previstas: \$2.496.901.387.

Hecha la sumatoria correspondiente a los literales b) y c), se observa que arroja un valor exacto de \$5.051.471.544, que coincide con el valor de los ítems suprimidos.

Todo lo anterior, sin perder de vista que en relación a la modificación Nro. 02 de julio 05 de 2016, firmada 13 meses después de la suscripción del acta de inicio, en la página 02 aparece la constancia que, si bien la interventoría y el contratista estuvieron de acuerdo en que se requerían incorporar 66 **INPs** nuevos, el **FONADE** solo aceptó 22.

En el otrosí Nro. 03 de enero 10 de 2017, mediante el cual se modifica el párrafo primero de la cláusula tercera del contrato de obra Nro. 2151046, aparece el siguiente balance final:

- a) Valor de recursos suprimidos: \$1.041.247.239.00;
- b) Valor por mayores cantidades: \$1.480.488.385.00;
- c) Valor de recursos por actividades: \$2.521.735.624.00;

Si se suman los literales a) y b), arrojan un valor exacto de \$2.521.735.624.00, que corresponde a la misma cifra contenida en el literal c).

Llama poderosamente la atención al Tribunal el hecho que las partes cuadraron “*artificialmente*” y de manera forzada, el presupuesto del contrato para que no obstante las mayores cantidades de obra resultantes de los INPs acordados en las modificaciones números 2 y 3, las cuales suman \$7.573.207.160 millones y que equivalen aproximadamente al 32% del valor total del contrato (\$22.979.704.282), el precio final permaneciera constante y sin modificación alguna, en ambas oportunidades.

Lo relevante del análisis anterior es que por virtud de los INPs, incorporados mediante las modificaciones Nro. 02 y Nro. 03, el contrato se vio afectado en un 32% con respecto a su valor inicial, porcentaje altamente significativo que de ninguna forma justifica que para compensar el mayor valor originado por estas obras adicionales, se hayan eliminado el 32% de las obras inicialmente previstas, las cuales resultaban necesarias para la debida ejecución del contrato, pues de otra forma no se hubieran contemplado en la licitación, tal como lo manifestó tardíamente el **CONSORCIO SAN ANTONIO** mediante oficio CSA-17-630 de enero 17 de 2017 (folio 2738 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07) en el siguiente sentido:

*“...dado que como usted bien sabe en la Modificación 3 firmada el día 10 de enero se produce **una disminución de cantidades de obra que suponen que no se pueda cumplir el objeto contractual**, hecho que condiciona nuestra programación de compra de material, equipo y mano de obra”.*

Ese balance artificial y forzado, aprobado de común acuerdo, por el contrario, demuestra más bien que al haberse alterado la obra en un 32% de su valor original, lo conducente era haberse procedido a reajustar el presupuesto del contrato en \$7.573.207.160 millones y consecuentemente, a ampliar el

plazo contractual en un término prudencial, acorde con los INPs incorporados en las modificaciones Nro. 02 y Nro. 03, puesto que se trataba de obras adicionales no previstas inicialmente en el contrato.

Si bien se ha alegado que las lluvias excepcionales y el paro camionero eran riesgos previsibles y que debió asumir el contratista, el Tribunal comparte lo expresado por perito, en el sentido que el paro camionero como el incremento inusual de las lluvias durante el término de ejecución del contrato, ameritaban una prórroga del plazo contractual, por corresponder a circunstancias excepcionales:

“3.30 DETERMINE PARA EL MOMENTO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA SI ERA O NO NECESARIA LA SUSPENSIÓN DEL TRABAJO EN OBRA, CON OCASIÓN DE LA APROBACIÓN DE LAS MODIFICACIONES NECESARIAS INTEGRADAS EN LOS MODIFICATORIOS 2 DE FECHA 5 DE JULIO DE 2016 Y 3 DE FECHA 10 DE ENERO DE 2017.

En ocasión de la aprobación de los modificatorios N° 2 y 3 no lleva necesariamente una suspensión de la obra. Sin embargo, en la ejecución del proyecto si pueden existir causales que justifiquen la ampliación del plazo, como por ejemplo, entre otras, paro camionero, periodos anormales de lluvias, demoras para la resolución de controversias y las diferencias entre los diseños y la implementación física”. (Pág. 77).

“3.31 ESTABLECER SI EL CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES DE OBRA SE VE AFECTADO POR CIRCUNSTANCIAS COMO EL PARO CAMIONERO, DURANTE LOS MESES DE MAYO A JULIO DE 2016, POR DESABASTECIMIENTO DE MATERIALES DE OBRA, Y POR LA ALTA PLUVIOMETRÍA DE LA ZONA, PARA EL PERÍODO CONSTRUCTIVO”.

“En conclusión, es muy probable que el paro camionero haya tenido impactos negativos en el cumplimiento del cronograma y la ejecución de las actividades programadas”.

“En conclusión, se evidencia que existe información suficiente para prever que las constantes lluvias son un factor presente en el desarrollo de una obra en esta zona, y de la misma forma también es sensato considerar que el aumento de lluvias durante el año 2016 pudo haber afectado las condiciones de ejecución y por ende su cronograma”. (Pág. 77 a 83).

De manera que, como ya se evidenció, las demoras del **FONADE** en la entrega de documentación técnica, en la realinderación del lote, en la definición de aspectos técnicos, así como la ocurrencia de circunstancias excepcionales tales como el paro camionero y la inusual temporada de lluvias, implicaba que se debió haber extendido y prorrogado el término del contrato, tal como lo determinó la jurisprudencia, en un caso similar:

“Ahora bien, aun cuando las circunstancias analizadas como causantes de retraso resultaron imputables al contratista, lo cierto es que en la prolongación del plazo también incidió en gran medida la ocurrencia de hechos atribuibles a la entidad pública concretados, esencialmente,

en la ausencia de planos y diseños completos y adecuados y la falta de recursos para hacer los desembolsos correspondientes a los pagos del proyecto.

En efecto, se acreditó que, luego de varias solicitudes elevadas por el consorcio ante la entidad, varias manifestaciones de inconformidad que giraron en torno a los documentos incompletos, a la ausencia de diseños para construir pilas con alturas superiores a 12 mts, a la falta de coincidencia entre los planos y las especificaciones de los puente canales y a las falencias en las especificaciones de estructuras y cimentación, los planos y diseños definitivos se entregaron al contratista en septiembre de 1996, es decir, luego de haber transcurrido cuatro meses desde el inicio de la obra, casi que a la mitad del plazo contractual previsto inicialmente en 9 meses.

La circunstancia descrita condujo a la necesidad de modificar los diseños estructurales de cimientos y pilas de los puente –canales”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 21 de 2016, Rad.:73001-23-00-003-1999-01046-01(51341)).

Siendo manifiestos los múltiples incumplimientos del contrato por parte del **FONADE**, dicha entidad, contrariando de manera grave el principio de la buena fe contenido en el artículo 871 del Código de Comercio, guardó absoluto silencio con respecto a las siguientes solicitudes de prórroga del contrato y de aumento del presupuesto y/o precio del contrato, formuladas por el **CONSORCIO**:

1. Oficio CSA-016-354 de mayo 18 de 2016 (folio 2488 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7);
2. Oficio CSA-16-407 de junio 23 de 2016 (folio 1497 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7);
3. Oficio CSA-16-455 de agosto 03 de 2016 (folio 2517 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7);
4. Oficio CSA-015 de agosto 20 de 2015 (folio 2001 del Cuaderno de Pruebas Nro. 6);
5. Oficio CSA-015 de agosto 29 de 2015 (folio 2003 del Cuaderno de Pruebas Nro. 6);
6. Oficio CSA-16-552 de octubre 10 de 2016 (folio 2651 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7);
7. Oficio CSA 16-562 de octubre 24 de 2016 (folio 2666 del Cuaderno de Pruebas Nro. 7);
8. Oficio CSA-16-570 de noviembre 04 de 2016 (folio 2701 del Cuaderno de Pruebas Nro. 1).

Solamente con respecto a la solicitud de prórroga del término contractual de fecha enero 11 de 2017 (oficio CSA-17-614), Serinco dio respuesta mediante oficio PC-BNV-204-2016 de enero 19 de 2017 (folio 322 del Cuaderno de Pruebas Nro. 17), encontrando injustificada la solicitud y alegando que las razones invocadas por el **CONSORCIO** se produjeron por culpa del contratista, razón por la cual se negó tal petición.

Al respecto, el perito llega a la conclusión de que el conocimiento de las partes con respecto a atraso en la obra, si ameritaba haber prorrogado el término de duración, por virtud de las modificaciones 02 y 03:

*“Es importante señalar que en ninguna de las dos (2) últimas modificaciones previamente señaladas se prorrogó el plazo del contrato, **aun conociendo las partes los atrasos que llevaba la obra**”. (Pág. 24).*

Para el Tribunal, se insiste, resulta inadmisibile que de las 8 primeras solicitudes de prórroga del contrato y de aumento en el precio del mismo ya referidas, ninguna hubiese sido atendida ni respondida por el **FONADE**, cuando ha quedado visto que las falencias en los diseños, planos y estudios del proyecto, la necesidad de realinderar los linderos del lote, la entrega tardía de documentos, la demora en tomar decisiones relativas a definiciones técnicas, así como la incorporación y aprobación de INPs que representaban un 32% del valor del contrato, efectivamente justificaban que se hubiera accedido a prorrogar el término de duración del contrato y a realizar un aumento en el presupuesto y valor del mismo, como igualmente lo considera el perito:

“3.28 DEL ANÁLISIS DEL MODIFICATORIO N° 3 DETERMINÉ SÍ CON LAS CANTIDADES DE OBRA ESTABLECIDAS EN DICHO MODIFICATORIO, LA OBRA SE PODÍA EJECUTAR DE ACUERDO CON LOS DISEÑOS ENTREGADOS AL 100%.

Teniendo en cuenta las dificultades entre el diseño y la implementación del proyecto, en el 46,53% de avance se han realizado modificaciones en el presupuesto contractual por mayores cantidades e ítems no previstos equivalentes al 32% (5.051.471.544 del modificadorio N° 2 y 2.521.735.624 del modificadorio N° 3 sobre los 22.979.704.282 del valor del contrato), por ende es altamente probable que el proyecto requiera ajustes aún no determinados a esa fecha ya que faltaba el 53,47% restante de la obra”. (Pág. 76).

En conclusión, se evidencia un grave e injustificado incumplimiento del **FONADE** al no haber dado respuesta, y por no haber atendido positivamente las diferentes solicitudes de prórroga e incremento del valor del contrato, formuladas por el **CONSORCIO**, cuando está plenamente acreditado que múltiples circunstancias atribuibles a la convocada y otras circunstancias ajenas al contratista, ameritaban haber aceptado dichas solicitudes. A no dudarlo, tales actuaciones por parte de la convocada desconocen gravemente el principio de la buena fe establecido en el artículo 871 del Código de Comercio, precepto que obliga a los contratantes a actuar con la debida lealtad negocial durante toda la ejecución contractual, principio aplicable a los contratos estatales. Al respecto se ha dicho:

“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de

conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos **como en el cumplimiento de sus obligaciones**". (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 1546).

"Estos comportamientos que de manera enunciativa se han señalado como propios de la buena fe objetiva o contractual, así como todos aquellos otros que puedan configurarla, deben desplegarse no solo en la formación del contrato sino también durante su ejecución, **y por su supuesto en la etapa posterior**, pues esta buena fe es un principio integrador de todo contrato según lo indican de manera expresa los artículos 871 y 1603 ya citados".(Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2012, Exp. 22.221).

"20. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (C.C., art. 1494), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, **hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional, normalmente por su dolo o negligencia**".(Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1996-02988 de febrero 28 de 2013).

"La buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, **sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato** y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado esta Subsección, 'consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, **en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia**', es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y 'por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho' o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes". (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2001-00145/35625 de mayo 28 de 2015).

Recuérdese que, el principio general de la buena fe, tiene su fuente principal en la Constitución, lo que lo convierte en un principio fundamental del derecho contractual, cuyo desconocimiento se considera grave, y amerita la consecuente indemnización de perjuicios:

"De esta forma entiende esta Sala de Revisión que, aplicado a una relación negocial, el principio de buena fe involucra deberes de honestidad, claridad, equilibrio reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte, entre otros. Sin embargo, debe así mismo resaltarse que la aplicación de las reglas que derivan del principio de buena fe no puede hacerse de una manera mecánica, sino que serán los elementos propios de cada situación, la actitud de las partes en ejecución del contrato, las cláusulas específicas por éstas acordadas, etc. las que determinen la interpretación que el juez haga del principio de buena fe en cada específica situación". (Sentencia T-537 de 2009).

“6. En cuanto a esa regla de oro como es la buena fe, no solo se erige en pilar de toda negociación sino que, además, de su percepción dimanar otros derechos o deberes, precisamente, por descollar como un referente inamovible de un debido comportamiento contractual. La buena fe contribuye a que en la proyección, celebración, desarrollo y terminación de uno cualquiera de los negocios que los interesados puedan llegar a celebrar, concurren valores que lleven a uno u otro a comportarse a tono con lo previsto y ajustado”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC16496-2016 de noviembre 16 de 2016, Rad.: 76001 31 03 002 1996 13623 01).

“A este respecto, todo contrato, cualquiera fuere su tipología o naturaleza concreta, y en particular, los de ejecución sucesiva, sea a plazo determinado, sea a término indefinido, obliga a las partes a cumplirlo de buena fe durante el plazo fijo o indefinidamente si no lo tiene, y en el de prestaciones correlativas, el incumplimiento o renuencia injustificada, legitima a la parte cumplida o presta a cumplir para exigir judicialmente el cumplimiento o la resolución con indemnización de perjuicios”.(Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de septiembre 30 de 2011, Ref.: 11001-3103-012-1999-01957-01).

No obstante, todo lo anteriormente referido con respecto al grave incumplimiento del contrato por parte del **FONADE**, no es viable que este Tribunal proceda a decretar la consecuente indemnización de perjuicios por actuaciones de la convocada realizadas hasta el día 10 de enero de 2017, debido a la purga mutua de los incumplimientos.

En efecto, la conducta contractual asumida por el **CONSORCIO** y el **FONADE**, la cual se infiere por razón de las modificaciones números 1, 2 y 3 del contrato, esta última de fecha 10 de enero de 2017, denota que todos los incumplimientos ocurridos desde la firma del acta de inicio hasta la firma de la modificación número 3, de común acuerdo fueron condonados, y que la convocante y convocada superaron todos los escollos y dificultades que se venían presentando a lo largo de la ejecución del contrato que pudieran ser motivo de incumplimiento grave por alguna de ellas o de ambas, puesto que no dejaron observación alguna al respecto, cuando firmaron las modificaciones Nro. 01, 02 y 03. Ciertamente, tal proceder, de conformidad con lo previsto en el artículo 871 del Código de Comercio, implica que no le es lícito a los contratantes suscribir otrosíes, modificaciones y adiciones al contrato inicial, sin dejar constancia de las reclamaciones que tienen hasta ese momento y del derecho que se reservan a solicitar la indemnización de perjuicios, para que una vez finalizado el contrato por cualquier causa, procedan a presentar la reclamación judicial correspondiente, pues tal conducta es atentatoria contra sus propios actos y desconoce las legítimas expectativas del otro contratante. Al respecto, de tiempo atrás, el Consejo de Estado ha manifestado:

“En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales

pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que solo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 31 de 2011, Exp. 18080).

“Cuando se trata de contratos que se han liquidado en forma bilateral, el estudio de las pretensiones se ve condicionado a que se hayan dejado las respectivas constancias o salvedades en el momento de la suscripción del acta respectiva. Cuando se trata de liquidación bilateral, la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez, a menos que se haya configurado en su celebración algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo)”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 13 de 2017. Radicación número: 85001-23-31-000-1998-00083-02(33612)).

“Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que un contrato las partes proceden a suscribir actas de suspensión, otrosíes, modificaciones, actas de prórroga, actas de entrega parcial de las obras y actas de reajustes, pero en ninguna de éstas oportunidades la contratista formula salvedad o reclamación alguna relacionada con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero en ejercicio de la acción de controversias contractuales pretende su restablecimiento, es evidente que en ésta hipótesis sus pretensiones están destinadas al fracaso, por no cumplir con el requisito de oportunidad para formular esas reclamaciones como requisito de procedencia de la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de abril 24 de 2017, Rad.: 25000-23-36-000-2011-00143- 01 (55.836)).

“Por consiguiente, en el caso concreto, al no haberse dejado constancias o salvedades expresas en el contrato adicional que modificó el plazo de ejecución del negocio jurídico, se convalidó toda posible o eventual reclamación que posteriormente pudiera efectuar o elevar la sociedad demandante”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1995-00271 de mayo 6 de 2015)

Como bien lo recalca el Consejo de Estado de manera reciente, cuando los contratantes, de común acuerdo, proceden a modificar el contrato, están disponiendo las nuevas reglas y condiciones en que la respectiva relación sustantiva deberá continuar ejecutándose, y al no dejar constancia alguna sobre reclamaciones pendientes o salvedades, se entiende que todas las dificultades y desavenencias anteriores, también fueron resueltas definitivamente:

“Advierte la Sala que el contrato modificador que afectó el plazo de la obra se suscribió de mutuo acuerdo por la entidad contratante y el contratista, sin que en el documento relacionado se formulara reparo frente a los efectos económicos de la ampliación del plazo contractual.

“Al respecto, la Sección Tercera de esta corporación ha considerado que las reclamaciones objeto de demanda resultan prósperas cuando previamente el contratista demandante las incluye en los actos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensión...”.

“Encuentra la Sala que el contratista a través de su manifestación de voluntad consignada en el acta de modificación bilateral, aceptó la mayor permanencia en la obra y no formuló reparo o reclamación expresa frente a los efectos económicos que pudiera tener esta ampliación en el plazo. En consecuencia, no resulta procedente una reclamación posterior a través del ejercicio de la acción de controversias contractuales.

*“En este evento, no es admisible entender del silencio del contratista una ausencia de renuncia de los efectos económicos de las adiciones en plazo del contrato o de las suspensiones, sino su aceptación, **en tanto el asentimiento a la variación en el plazo, informa una aceptación de las condiciones en las que a partir de la prórroga se ejecutaría el contrato de obra.***

“Así las cosas, la Sala evidencia que si bien, la entidad contratante tuvo incidencia en la ampliación del plazo, el contratista aceptó sin manifestación expresa los efectos económicos que pudiera traer la modificación en el plazo de ejecución del contrato, por lo que no es procedente reconocer los perjuicios que según su apreciación, le fueron causados con ocasión de la prórrogas sucesivas del contrato”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2001-00685 de 30 de mayo de 2018).

*“Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, **la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado,** de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 24 de 2016, Rad.: 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783)).*

No puede perderse de vista que la modificación contractual de consuno, sin reservas ni observaciones, efectivamente denota el común acuerdo de los contratantes en dejar atrás sus desavenencias y disputas que podrían dar lugar a la terminación unilateral por justa causa, o a la solicitud de resolución judicial por incumplimiento, puesto que las partes, más bien, han optado por continuar la ejecución contractual, en las nuevas condiciones pactadas, dejando atrás sus mutuas reclamaciones:

*“57. En efecto, aún si mediara la prueba técnica –dictamen de arquitecto- que la parte convocante echa de menos en el proceso arbitral, se advierte que la decisión tomada en el laudo arbitral no habría variado, en la medida en que la denegatoria de las pretensiones elevadas en la demanda se produjo no por la falta de pruebas sobre los hechos alegados por la parte convocante en relación con los perjuicios que dijo haber sufrido con ocasión de la ejecución de las obras objeto del contrato materia de la controversia, **sino en virtud de la existencia de múltiples acuerdos de voluntades suscritos por las partes a lo largo de la ejecución contractual, tendientes a superar las situaciones que***

se fueron presentando, tales como contratos adicionales, suspensiones, etc., en los cuales la contratista no dejó observación o salvedad alguna relacionada con las reclamaciones económicas que ahora aduce en contra de la entidad contratante...”

“58. De acuerdo con las anteriores consideraciones del tribunal de arbitramento, se advierte que la decisión denegatoria de las pretensiones, dadas las razones que esgrimió el laudo arbitral para ello, no habría variado así obrara en el proceso un dictamen técnico que corroborara las afirmaciones de la convocante sobre la existencia y extensión de los incumplimientos imputados a la entidad, la deficiente planeación de su parte, o la ocurrencia de hechos no imputables al contratista que le representaron sobrecostos en la ejecución de las obras, **pues todas estas fueron cuestiones que a juicio del tribunal de arbitramento, quedaron zanjadas en las múltiples adiciones, prórrogas y modificaciones contractuales, en las que o bien el contratista renunció expresamente a cualquier reclamación, o guardó silencio sobre las que pudiera tener, conduciendo en todo caso a la conclusión de que no podía ir en contra de sus propios actos y desconocer esos acuerdos previos”.**(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 20 de 2018).

“No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas.

“Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas” .(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2001-00145/35625 de mayo 28 de 2015)

La jurisprudencia arbitral, también, de manera reiterada, ha manifestado que los perjuicios provenientes de la supuesta mala planeación del contrato, de las deficiencias en los estudios y diseños técnicos, de la falta oportuna de la incorporación de INPs y del no reconocimiento de las mayores cantidades de obra, no pueden ser reconocidos si se suscribieron adiciones y modificaciones al contrato, y ninguna salvedad se hizo respecto al derecho a reclamar estos supuestos perjuicios:

“En ese marco, para el Tribunal, constituyen un desconocimiento de la doctrina del acto propio

y del principio de la buena fe, las pretensiones del Consorcio Kumbre que tienen como objetivo desconocer los efectos de los pactos respecto de los supuestos perjuicios derivados de la eventual mala planeación contractual, de los defectos en los diseños entregados, de los inconvenientes en la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras, del trámite que se dio a la aprobación de los precios de los nuevos ítems unitarios, de la falta de reconocimiento de las obras y trabajos adicionales, de los mayores costos en la construcción derivados de la falta de planeación (horas extras y feriados, mayores diseños, equipos adicionales) y de las situaciones de orden público ajenas a las partes, así como las renunciaciones a la reclamación de perjuicios adicionales, razón complementaria para negar dichas pretensiones”.

“Finalmente, quiere el Tribunal destacar que, en desarrollo de ese mismo principio de la buena fe, la jurisprudencia administrativa ha considerado que cuando se celebran adiciones, prórrogas, modificaciones contractuales, las partes se encuentran en el deber de expresar las reservas o salvedades en relación con los perjuicios que no son resarcidos con ocasión de la suscripción de la correspondiente modificación contractual, de tal manera que en ausencia de dicha salvedad o reserva, no hay lugar al resarcimiento de los perjuicios reclamados ante el juez...”. (Laudo Arbitral de agosto 09 de 2017. Proceso arbitral de Vargas Velandia Ltda (hoy Xie S.A.) –Edivial E.U (hoy Edivial Ingeniería S.A.S)- Sevilla Martínez Ingenieros C.A. Semaica, miembros del consorcio Kumbre. VS Fonade).

La jurisprudencia reiterativa el Consejo de Estado, en relación a los actos propios y la necesidad de dejar constancias sobre las reclamaciones pendientes cuando se produzcan actos de modificación o de terminación del contrato, de común acuerdo, también debe ser aplicada por los tribunales de arbitramento, como lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“6.3. Así las cosas, el contrato que da origen a la controversia objeto de examen de esta Corporación fue celebrado el 24 de noviembre de 1997, por lo cual le es aplicable la Ley 80 de 1993 y su liquidación se rige por el artículo 60. Tal actuación tiene por objeto que las partes realicen un ajuste final de cuentas, revisiones y reconocimientos a que haya lugar; allí deben constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo y su trámite es obligatorio en los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y, en los demás que lo necesiten, de conformidad con el procedimiento indicado en el referido artículo.

En el caso bajo estudio, el acta de liquidación bilateral del 5 de septiembre de 2002, carece de la salvedad o manifestación expresa sobre los puntos en los cuales no existía acuerdo entre las partes, lo cual cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado como razón suficiente para que resultara improcedente el análisis de sus pretensiones por el Tribunal de Arbitramento accionado”.

*“Estima la Sala Cuarta de Revisión **la posición jurisprudencial de lo contencioso administrativo en favor de la teoría de los actos propios, sobre la cual se soporta la regla de la que se apartó el Tribunal de Arbitramento, no puede ser desconocida** por la administración pública ni por los operadores jurídicos, pues, se trata de un concepto fundado en el principio constitucional de la buena fe”. (Sentencia T-455 de 2012).*

En resumidas, teniendo en cuenta que el **CONSORCIO**, al suscribir las modificaciones del contrato Nro. 01, Nro. 02 y Nro. 03, no hizo observación alguna con respecto a los incumplimientos del **FONADE** ya referenciados anteriormente, y no se reservó el derecho a efectuar las respectivas reclamaciones económicas, ha de concluirse que convino en seguir la ejecución del contrato de manera pacífica, entendiéndose igualmente desistido o purgado cualquier incumplimiento anterior, puesto que la firma de las tres modificaciones contractuales demuestran su intención de continuar la obra, pero en las nuevas condiciones propuestas, dando a entender que fueron superado todos inconvenientes previamente reclamados, pero que no fueron reiterados en dichas modificaciones, tal como también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia:

*“Sobre ésta temática pertinente es precisar que, como en pretéritas oportunidades lo ha explicado la Corte, el simple incumplimiento no traduce, sin más, intención de disolver el pacto (SC de 7 dic. 1982), pues **habrán casos en que dicha infracción obedecerá a circunstancias especiales, muchas de las veces consentidas o auspiciadas por los mismos contratantes.***

“Sin embargo, en cada caso la prueba de los hechos que rodearon la contravención será la determinante a fin de establecer si el incumplimiento estuvo acompañado de la voluntad de desistir del negocio o no”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC2307-2018 de junio 25 de 2018).

*“Como es conocido, uno de los criterios de interpretación contractual es la “aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra” (C.C., art. 1622 in fine). Por esto, en sentido jurídico, la Corte tiene dicho que no puede haber incumplimiento contractual, cuando las **<partes con su actitud denotaron que, por no tener los hechos (...) trascendencia suficiente para impedir sacar adelante el contrato, consintieron en ellos y lo superaron...>**”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 1999-01621 de junio 10 de 2011).*

En efecto, la suscripción pacífica, sin salvedades y reserva alguna de las tres modificaciones contractuales ya anotadas, denota la intención del **CONSORCIO** y del **FONADE** de continuar con la ejecución del contrato, sin que ninguno de los contratantes tenga reclamaciones pendientes frente al otro, por los posibles incumplimientos anteriores:

*“5.4.- En consecuencia, si una parte, por ejemplo, bajo su íntima convicción o creencia, confía fundadamente en que superara las diversas dificultades o vicisitudes que se han presentado desde el inicio de la ejecución de las obras, **e insiste en continuar con su ejecución, suscribiendo acuerdos***

para superarlas, pero una vez vencido el plazo contractual alega la imposibilidad para ejecutarlas en su totalidad, es evidente que en esa hipótesis su comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva, pues si bajo su íntima convicción o creencia creyó fundadamente que podría superarlas o atenuar sus efectos negativos, no cumplió con las obligaciones derivadas del acuerdo, no adoptó las medidas necesarias para superarlas y en fin no adoptó un comportamiento que propendiera por la pronta y oportuna ejecución de las obras contratadas”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 8 de 2017- Rad.: 25000-23-36-000-2013-01717-01 (54.614)).

“En la teoría general de los contratos, sus cláusulas, allende la búsqueda de la común intención de las partes en el sentido literal de las palabras, deben ser entendidas de conformidad con un criterio de interpretación auténtica, esto es, de acuerdo con lo que las propias partes hayan podido interpretar sobre el propio texto, bien sea por escrito –mediante un otrosí, un acta aclaratoria o complementaria, un contrato diferente pero coligado u otros documentos similares– o por su comportamiento –siempre y cuando sea congruente y bilateral, o unilateral con aceptación o consentimiento de la otra parte–. Así, el artículo 1622 del Código Civil, alude al comportamiento de las partes posterior a la celebración del contrato, como criterio para aclarar el significado de sus expresiones o cláusulas, cuando indica en su inciso 3º que “la aplicación práctica” que han hecho del contrato “ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra parte”, se tendrá en cuenta para la interpretación respectiva”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 03 de 2013, Rad.: 25000-23-26-000-2000-00634-01(24221)).

En conclusión, ambas partes dieron por subsanados los incumplimientos de su co-contratante ocurridos hasta el día 10 de enero de 2017, situación que releva a este Tribunal de entrar a profundizar más en los incumplimientos incurridos hasta dicha fecha, y sus consecuencias económicas. De suerte que, para las condenas respectivas se tendrá en cuenta únicamente los incumplimientos ocurridos a partir de enero 11 de 2017, día posterior a la suscripción de la modificación contractual número 3.

5.2. LA NEGATIVA A REALIZAR UN AJUSTE PRESUPUESTAL Y A PRORROGAR EL CONTRATO

Para efectos de precisar los incumplimientos alegados por contratista, el Tribunal quiere retomar lo acontecido en enero 10 de 2017, cuando se suscribió la modificación contractual Nro. 03, puesto que el convocante, en los hechos 19, 21, 35, 42, 43, 47, 48, 54, 55, 68, 124, 181, 215, 219, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 236 y 264, reitera el supuesto grave incumplimiento del **FONADE**, en razón a que oportunamente, esto es, el 11 de enero de 2017, mediante oficio CSA-17-0615(folio 2735 CP Nro. 07) se solicitó la prórroga del contrato por 8 meses más para poder ejecutar las obras faltantes y las nuevas que demandarían los INPs incluidos en dicha modificación, y la convocada negó tal petición. En tales hechos, reitera el **CONSORCIO SAN ANTONIO** que fue un contratante al extremo diligente y prudente al haber formulado la solicitud de prórroga el día 11 de enero de 2017, y que, por el contrario, el **FONADE** incumplió gravemente el contrato, al no conceder dicha prórroga.

Es importante tener en cuenta que cuando se suscribió la modificación Nro. 03 al contrato (enero 10 de 2017), solamente faltaban 24 días para la finalización del plazo del contrato, lo cual ocurriría en febrero 04 de 2017. Por tanto, si al 10 de enero de 2017, la interventoría y el **FONADE** tenían pleno conocimiento que el avance de la obra apenas había alcanzado un 46%, y el contratista, por su parte, consideraba que había ejecutado el 60% (según hecho 26 de la demanda reformada), lo que se evidencia es que ambos contratantes actuaron con evidente mala fe, al suscribir la modificación Nro. 03, sin haber convenido en dicho otrosí una ampliación del término del contrato.

El **CONSORCIO SAN ANTONIO**, por cuanto suscribió la modificación Nro. 03, sin exigir previamente la ampliación del plazo del término contractual, sabiendo que solamente le restaban 24 días para terminar la obra, la cual consideraba que había ejecutado en un 60%, y, sin embargo, aceptó realizar 56 ítems adicionales a los previstos en el contrato, y procedió a solicitar la prórroga un día después de la firma del referido otrosí, pidiendo un plazo adicional de 8 meses. Lo anterior denota que el 10 de enero de 2017, la convocante tenía pleno conocimiento que para el día 4 de febrero le era imposible ejecutar el 40% faltante de la obra, más las obras adicionales necesarias para ejecutar los INPs adicionales, y por lo tanto requería 8 meses más de plazo

En palabras sencillas, cuando el **CONSORCIO** suscribió la modificación Nro. 03, tenía pleno conocimiento que, para terminar las obras faltantes, más los 56 INPs adicionales, requeriría un mínimo de 8 meses de plazo adicional, y, sin embargo, firmó dicho documento de modificación sin observación alguna, teniendo pleno conocimiento que el término contractual expiraba en sólo 24 días. La solicitud de prórroga presentada de manera extemporánea, esto es, el 11 de enero de 2017, simplemente acredita la violación al principio de la buena fe y la lealtad negocial, pues se insiste, la convocante debió haber hecho incorporar la prórroga solicitada extemporáneamente, en la modificación Nro. 03.

Se insiste, solamente mediante oficio CSA-17-0615 de enero 11 de 2017 dirigido a Serinco, el **CONSORCIO** pide la prórroga del término contractual (folio 2735 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07), manifestando que los INPs aprobados, representan un incremento en obras del 26%, lo que implicaba un desequilibrio económico en contra del demandante.

Tampoco resulta coherente la actuación del **CONSORCIO** cuando el 10 de enero de 2017, firma la modificación contractual Nro. 03, sin haberse obtenido la prórroga del plazo de contrato, y el día 13 de enero de 2017 mediante oficio CSA-16-0618, (folio 2736 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07), manifieste que unilateralmente suspenderá la obra por falta de entendimiento con el interventor y el **FONADE**, con respecto a la ampliación del término contractual solicitada el 11 de enero.

Por su parte, el **FONADE**, sabiendo que tras 19 meses de ejecución del contrato y solo faltando 24 días para el vencimiento del plazo de expiración, teniendo pleno conocimiento que durante esos 19 meses solamente se había ejecutado el 47% de la obra, procedió a firmar la modificación contractual Nro. 03 incluyendo nuevos INPs, sin otorgar la prórroga que de manera previa y reiterativa le había solicitado el **CONSORCIO SAN ANTONIO** en 8 oportunidades anteriores. Es decir, el 10 de enero, el

FONADE tenía pleno y cierto conocimiento que la obra faltante, más las obras adicionales que implicaban la ejecución de los nuevos 56 INPs, no podrían ejecutarse en los 24 días faltante para la expiración del contrato. Al respecto el perito manifestó:

“3.27 ESTABLECER, SI DESDE LA FECHA EN QUE SE SUSCRIBIÓ EL MODIFICATORIO NÚMERO 3 (10 DE ENERO DE 2017) HASTA LA FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO (4 DE FEBRERO DE 2017), ERA FÍSICAMENTE POSIBLE REALIZAR LAS CANTIDADES DE OBRA RECOGIDAS, EN DICHO MODIFICATORIO PARA EJECUTAR COMPLETAMENTE LA OBRA.

*Acorde con el informe semanal de interventoría N° 86, con corte al 28 de enero de 2017, se reportó un avance en la ejecución del proyecto del 46,53% (dieciocho (18) días después de suscrito el modificadorio N° 3); por consiguiente, **era físicamente imposible terminar la obra para el 4 de febrero de 2017**”.* (Pág.76).

En este mismo orden de ideas se resalta que Serinco, mediante oficio PC-BNV-204-216 de enero 16 de 2017 (folio 322 del C.P. Nro. 11), acepta que sí había la necesidad de hacer un ajuste presupuestal para la debida construcción de la obra:

“Si bien es cierto, que para la terminación completa de la institución educativa existe la necesidad de adicionar recursos al valor inicialmente previsto del contrato...”.

Sin embargo, en dicha comunicación el interventor niega ajuste presupuestal solicitado por el **CONSORCIO**, en razón al incumplimiento del programa de obra en que ha incurrido el contratista, y en consideración a que el valor del contrato se pactó por el sistema de precios unitarios. Igualmente niega la prórroga, manifestando que las lluvias constantes, el paro camionero y las actividades no previstas, son de riesgo exclusivo del contratista.

La necesidad de haberse prorrogado el término de duración del contrato y de realizar un incremento en el valor del mismo, igualmente quedó en evidencia con la suscripción del nuevo contrato firmado con el **CONSORCIO EAGL**, para continuar las obras que quedaron inconclusas, después de la terminación del contrato de obra Nro. 2151046 suscrito con el **CONSORCIO SAN ANTONIO**. En efecto, con respecto al contrato 2151046, la convocante alcanzó a facturar la suma de \$13.947.969.913 (según valor sumado de las actas parciales de obra, de la 01 a la 20; o la suma de \$13.150.619.696.00, según lo confesado por el **FONADE** en la página 71 de la contestación a la demanda reformada), quedando un valor por ejecutar de \$9.031.734369. Sin embargo, el nuevo contrato se convino por la suma de \$14.064.861.315.00, es decir, por una cifra aproximadamente de \$5.000.000.000 millones adicionales al presupuesto que quedó por ejecutar en el contrato suscrito con la convocante y que terminó en febrero de 2017. Siendo que el nuevo contrato se firmó en el mismo año 2017, se infiere que tal diferencia de precios, no haya justificación en la variación del IPC, y se presume que más bien se incorporaron ítems necesarios que habían sido eliminados en las modificaciones número 2 y 3 del contrato 2151046.

En cuanto al término de duración del nuevo contrato, este se convino en 7.5 meses, plazo muy próximo a los 8 meses solicitados por el **CONSORCIO SAN ANTONIO** en su solicitud de prórroga radicada en enero 11 de 2017. En este punto debe resaltar el Tribunal que en la inspección judicial realizada el 27 de septiembre de 2018, en las instalaciones del Colegio San Antonio en Buenaventura, se evidenció que aún faltaba gran porcentaje de la obra por terminar, y eso que ya se había vencido ampliamente el plazo de los 7.5 meses previsto en el último contrato, lo que implica que al nuevo contratista probablemente se le otorgó una ampliación del plazo.

Sin embargo, este nuevo incumplimiento, también se entiende purgado con la suscripción de la modificación contractual 3.

6. LA DECLARATORIA UNILATERAL DE INCUMPLIMIENTO Y LIQUIDACIÓN

6.1. NATURALEZA JURÍDICA

Con respecto a la decisión del **FONADE** mediante la cual se decreta la liquidación unilateral del contrato, si bien existe controversia en relación a su naturaleza jurídica, el Tribunal no comparte lo manifestado reiteradamente por el Agente del Ministerio Público en el sentido que la liquidación unilateral proferida por el **FONADE** mediante decisión proferida en octubre 3 de 2017, corresponde a un acto administrativo contractual, no excepcional, puesto que su naturaleza jurídica se ajusta a un acto contractual de derecho privado, tal como se precisa en la cláusula DECIMA PRIMERA, referente a la culminación del procedimiento para declarar el incumplimiento contractual y para exigir el pago de la cláusula penal de apremio: “...*mediante decisión contractual motivada que constará por escrito...*”.

Igual consideración se hace en referencia a la facultad unilateral del **FONADE** de liquidar el contrato según cláusula décimo séptima, pues se insiste, el régimen aplicable al contrato de obra Nro. 2151046, es el Derecho Privado y, bien se sabe que los particulares también pueden pactar cláusulas unilaterales tendientes a la declaratoria de incumplimiento y a la liquidación del contrato, las cuales se han considerado válidas por nuestra jurisprudencia, siempre y cuando su pacto o su ejercicio no se haya realizado en abuso del Derecho:

“En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante”.

“La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (accidentalía negotii), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las

partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. Sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio”.

*“Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesorio, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. **Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél**”.*

“Por lo tanto, todas las controversias a propósito de la eficacia de estas estipulaciones o el ejercicio de la prerrogativa legal o contractual, legitiman a las partes para acudir a los jueces competentes, a quienes corresponde su conocimiento y decisión definitiva.

“Al respecto, la estipulación podrá contrariar una norma imperativa, resultar abusiva, comportar el ejercicio de posición dominante contractual, abuso del derecho, vulneración de la confianza legítima, el acto propio (venire contra factum proprium) o la buena fe, o incluso una conducta formalmente ajustada al ordenamiento jurídico o al contenido de la estipulación de terminación unilateral valorada en el marco fáctico concreto de circunstancias, puede devenir abusiva e ilegítima, o en las ad nutum, configurar ejercicio disfuncional, por ejemplo, para inferir intencionalmente un daño, aspectos que en función de la justicia, imponen cuidadoso examen del marco de circunstancias fáctico por los jueces dentro de su autonomía hermenéutica y la discreta valoración de los elementos de convicción.

“El abuso del derecho, y en particular, la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de agosto 30 de 2011. Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01).

Al respecto bien vale la pena transcribir lo manifestado en comunicación del **FONADE** de fecha noviembre 28 de 2017 dirigida al contratista (Ver folio 355 CP. Nro. 11), en la cual se expresa:

“Desde luego que el pacto de dichas cláusulas contractuales está sometido a principios básicos de carácter general del ordenamiento jurídico y de la contratación en especial, como es la obligación de preservar el equilibrio entre las partes, y actuar de buena fe, con lealtad y obrar sin abuso del derecho y, por supuesto, sometidas a control judicial...”.

Se reitera que el acta de liquidación unilateral es de naturaleza contractual de derecho privado. En todo caso, si por alguna razón se pudiera considerar que la decisión del **FONADE** de fecha octubre 3 de 2017, corresponde a un acto administrativo contractual, es lo cierto que el Tribunal igualmente tiene plena competencia para definir la legalidad de dicho acto administrativo, según lo reitera la jurisprudencia:

“De otra parte, la Sala ha manifestado que los actos contractuales son los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación...”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 20 de 2007. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-01233-01(16370))

Ahora bien, con respecto a la competencia de los tribunales de arbitramento para declarar la nulidad absoluta del acto administrativo contractual de liquidación unilateral y declaratoria de incumplimiento, por no corresponder a actos administrativos exorbitantes, ya es un asunto pacífico:

“Lo anterior encuentra fundamento en el pronunciamiento de unificación de Jurisprudencia que dictó la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 18 de abril de 2013, en cuya virtud se afianzó la competencia que le asiste a la Justicia Arbitral para conocer de las controversias derivadas de los actos administrativos contractuales expedidos por las entidades estatales en ejercicio de facultades diferentes a los poderes excepcionales previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993...”

“Así mismo, ha de advertirse que las pretensiones de la demanda se dirigen a obtener la declaratoria de nulidad de actos administrativos proferidos en ejercicio de atribuciones distintas de las potestades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y en tal virtud el estudio de su prosperidad debe ser abordado por la Justicia Arbitral”

“Conviene reiterar que bien es cierto que en la perspectiva de la tesis Jurisprudencial que aquí se acoge y aplica no resulta legalmente posible que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca y decida de fondo en aquellos casos concretos como el que ahora se examina, se impone precisar que tal imposibilidad legal para proferir un fallo válido de fondo no deviene del cambio de Jurisprudencia sino de la aplicación de las normas legales, imperativas y de orden público, que regulan la materia, a cuya observancia no puede sustraerse el Despacho”.(Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de julio 18 de 2016. Rad.: 250002326000200101377 02 (33.555)).

“...todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado – independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser

sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos”.

“...comoquiera que las decisiones relativas a la liquidación unilateral del contrato así como a la imposición de multas al contratista, no corresponden a alguna de las cláusulas excepcionales previstas en la precitada norma de la Ley 80 de 1993, forzoso es concluir que en el presente caso ninguna restricción había para que la demanda arbitral contuviera pretensiones relativas a tales decisiones y menos aún para que el Tribunal de Arbitramento se pronunciara expresamente sobre aquellas”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de junio 10 de 2009. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252).

Igual competencia se ha afirmado con respecto a los actos administrativos que declaran el incumplimiento contractual, imponen multas o declaran la afectación de las pólizas de cumplimiento, como efectivamente se dispone en el acto a contractual de octubre 3 de 2017:

“Respecto de las pretensiones atinentes a la declaración de incumplimiento del contrato, el tribunal sostuvo que tal aspecto era materia de conocimiento de la justicia arbitral, por cuanto se trata de una controversia originada directamente en relación con el contrato, de modo que se declaró inhibido para conocer del asunto por falta de jurisdicción”.

“En cambio, cuando la administración impone una multa a su co-contratante o hace, no en desarrollo de una potestad exorbitante que entrañe el ejercicio de una función administrativa, sino el ejercicio de una cláusula afín al derecho común (artículo 1592 de C.C) u al derecho comercial (artículo 867 del C. de Co.) que por el mismo, no representa una manifestación del poder soberano del Estado en el marco de la relación contractual”.

“De modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral, verbigratia, los que imponen multas de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 76 del Decreto-ley 222 de 1983 y el “...artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en algunos de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; lo que corresponde a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual...” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 27 de 2013.EXP. 20521).

En conclusión, sea que se considere el acta de liquidación unilateral suscrita por el **FONADE** como relación jurídica sustantiva de derecho privado o acto administrativo contractual, este Tribunal tiene competencia para definir su legalidad.

6.2. EL CONTROL JUDICIAL DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL

En primer lugar, para resolver lo relativo al acto contractual de octubre 3, el Tribunal considera que, no resulta cierto lo expresado en la demanda en el sentido que dicho acto contractual unilateral fue expedido por funcionario incompetente, y por fuera del término legal y contractual para efectuar la liquidación unilateral, pues lo cierto es que CAROLINA RAMÍREZ S, en su calidad de gerente del área de contratación, controversias contractuales y liquidaciones fue debidamente delegada para ejercer dichas funciones por el **FONADE** según resolución 100 de abril 5 de 2017, documento aportado al proceso.

En cuanto al término para realizar la liquidación en la CLAUSULA DECIMA SÉPTIMA del contrato de obra, se pactó un plazo de seis (6) meses, los cuales fenecían el 4 de octubre, es decir, al día siguiente de la fecha de expedición, en los siguientes términos: *“Al producirse una cualquiera de las causas de terminación del contrato...”*.

De otra parte, al haberse sometido al control judicial lo referente al acta de liquidación unilateral, este Tribunal resulta competente para definir su legalidad y disponer su falta de efectos, por violación a los principios de la buena fe y del no abuso contractual, sobre todo, si como se expresa en la sentencia de la Corte de agosto 30 de 2011, el contratista afectado bien puede alegar en su favor la ilegalidad en la aplicación de la facultad unilateral de liquidación por supuestos incumplimientos, cuando estos han sido previamente purgados, como lo ha reiterado este Tribunal:

*“La terminación unilateral del contrato por cláusula resolutoria expresa, estructura declaración dispositiva recepticia, análoga al preaviso para terminar los contratos de duración indefinida o enervar las prórrogas automáticas pactadas en los de duración definida, por cuanto debe comunicarse a la otra parte, quien podrá protestar la causa invocada, el ejercicio abusivo o contrario a los dictados de la buena fe por infundada, intempestiva o ilegítima, **e incluso su improcedencia por la tolerancia, purga o condonación, o también reconocer la falta**”.*(Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de agosto 30 de 2011. Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01).

Ciertamente el **FONADE** teniendo plena conciencia de lo ya referenciado, procedió a suscribir el documento modificadorio Nro. 03, con la finalidad evidente de poder sustentar, con posterioridad, la terminación unilateral del contrato mediante acto contractual de octubre 03 de 2017 (ver folios 172 a 183 del C.P. numero 14), y la correspondiente declaratoria de incumplimiento, para proceder a reclamar a la compañía NACIONAL DE SEGUROS S.A., la suma de \$3.497.281.194,68, aduciendo que ese es el valor de los perjuicios que ha sufrido la convocada, por virtud del amparo de cumplimiento.

Para declarar tal incumplimiento, el **FONADE** dice basarse en el informe técnico de ÁNGELA MARÍA LOMBANA, gerente del proyecto, y JENNY XIOMARA HERNÁNDEZ, supervisora del proyecto, de fecha octubre 2 de 2017. En dicho informe técnico se resalta que el mayor incumplimiento del

CONSORCIO consistió en que a febrero 28 de 2017, fecha prevista para la suscripción del Acta de entrega y recibo final del objeto del contrato, solamente se había ejecutado el 47% de la obra.

Por tanto, se reitera, aparece notoria la violación al principio de la buena fe y de la lealtad negocial por parte del **FONADE**, el haber suscrito la modificación contractual Nro. 03, sin haberse aceptado una prórroga del plazo y una adición presupuestal, como era lo justo, por virtud de las mismas actuaciones de la convocada, durante todo el trayecto contractual, con la simple finalidad de poder sustentar el incumplimiento del contratista y proceder a realizar la respectiva reclamación a la compañía de seguros.

En efecto, mediante oficio PC-BNV-181-2016 de octubre 31 de 2016 (folio 2710 del C.P. Nro. 07), el interventor recomienda al **FONADE** iniciar el proceso sancionatorio por grave incumplimiento del contratista, consistente en el atraso sistemático en la ejecución de la obra, y solicita dar aplicación a la cláusula penal de apremio. Dando alcance a tal solicitud, el **FONADE**, mediante oficio del 26 de octubre de 2016 (folio 2698 del C.P. Nro. 07), avisa de la ocurrencia del siniestro a la Compañía Nacional de Seguros por virtud del atraso sistemático del **CONSORCIO** en la ejecución de la obra, por un valor de \$2.297.970.428.

Como en la modificación Nro. 03, el **FONADE** no hizo ninguna reserva con respecto a tal incumplimiento y la reclamación pendiente ante la compañía de seguros, se entiende purgada la mora con respecto a este asunto, como ya se había manifestado.

Ha de resaltarse que, para efectuar la liquidación unilateral de octubre 03 de 2017, el **FONADE** se basa en el proyecto de acta de terminación de contrato elaborado por Serinco con fecha febrero 04 de 2017, en el cual se indica *“PREVIA REVISIÓN DE LOS PRODUCTOS, BIENES O ACTIVIDADES, SE CONSTATÓ QUE EL CONTRATISTA NO CUMPLIÓ CON EL OBJETO DEL CONTRATO EN EL PLAZO ESTABLECIDO”*. (Pág. 04).

De suerte que, aparece de manifiesto que el mismo 04 de febrero, fecha de terminación del contrato, el interventor ya tenía listo el proyecto de acta de terminación del contrato, informando que no se cumplió con el objeto del mismo, dentro del plazo establecido, documento que sirvió de base para el acto administrativo de liquidación unilateral. Lo anterior confirma que la intención del **FONADE** al suscribir la modificación Nro. 03, 24 días antes de la finalización del contrato, tenía como fin poder declarar el inmediato incumplimiento del contratista, y consecuentemente, aplicar la cláusula penal de apremio, para solicitar el respectivo amparo de cumplimiento a la compañía de seguros. Casualmente, el previo aviso del siniestro informado a la aseguradora mediante oficio del 26 de octubre de 2016 (folio 2698 del C.P. Nro. 07), igualmente se sustenta en el atraso sistemático del **CONSORCIO** en la ejecución de la obra.

Es de resaltar que la decisión de liquidación unilateral de octubre 3, igualmente contiene la declaratoria de incumplimiento del contratista y la declaratoria de afectación de la garantía de cumplimiento, según

lo previsto en la cláusula DECIMO PRIMERA, consideraciones que también forman parte del referido acto contractual. En efecto, en tal decisión, reiteradamente se especifican cuáles fueron los presuntos incumplimientos del **CONSORCIO**, y en su página 7, se lee:

“Los hechos objeto de incumplimientos relacionados en los memorandos anteriormente referidos y en general su contenido, se entienden incorporados en la presenta acta de liquidación...”.

De manera que, si en octubre del 2016, el **FONADE** tenía plena certeza del reiterado atraso en la ejecución de la obra por parte del contratista, y nada dijo al respecto cuando se suscribió el 10 de enero de 2017 la modificación contractual número 3, por virtud de su propia actuación y de la confianza legítima en favor de la convocante, con posterioridad, en octubre 3 del 2017, no podía fundamentar el acta de liquidación y declaratoria unilateral de incumplimiento, en el atraso sistemático del **CONSORCIO**, ocurrido hasta el referido día de enero 10 de 2017.

Adicionalmente, en el acta de liquidación unilateral de octubre 03, se disponen unas sumas de dinero que debe reintegrar el contratista por concepto de excavaciones y rellenos, así como por razón de preliminares, estructuras de concreto, aceros de refuerzo y otros, según estudio topográfico realizado en Emprociv Ltda. Igualmente se le carga al **CONSORCIO** el reintegro de los honorarios pagados a la firma en Emprociv Ltda.

Al respecto, reitera el Tribunal que, si durante 17 meses el interventor autorizó los pagos correspondientes a esos rubros, con base en las carteras topográficas levantada por el **CONSORCIO**, no es posible que con posterioridad se pretendan hacer descuentos sobre pagos ya realizados, bajo el supuesto de que se había equivocado Serinco al aprobar las 17 actas parciales de obra anteriores. Como ya se indicó, lo que se evidencia es un grave incumplimiento del interventor, y es este quien debe responder por dichos perjuicios, si es que efectivamente se causaron, pues el estudio en Emprociv Ltda., no sirve para restar plena credibilidad al valor de los rellenos, excavaciones y demás costos reclamados por el **CONSORCIO** y soportados con las carteras topográficas previamente avaladas por Serinco.

En su declaración del 18 de octubre de 2018, el Sr. Espinosa manifestó que Emprociv realizó su propio levantamiento topográfico, pero con perfiles aproximados, debido a que el terreno ya estaba construido, e igualmente que el estudio se realizó de acuerdo a la topografía entregada por el **FONADE**, y que los cálculos se hicieron por intermedio de un software:

“SR. ESPINOSA: Hubo un archivo que trata sobre la topografía inicial en el que está de los dos contratos, nosotros en terreno hicimos una anterior topografía en el que obtuvimos unos perfiles aproximadamente de este tipo porque el terreno ya estaba movido y habían unas terrazas esto se obtuvo de la fotografía que nos entregó Fonade que es la topografía inicial para yo hacer unos cálculos de cantidades debo tener una superficie inicial y una superficie final para poder hacer las respectivas comunicaciones”.

“La topografía que nos entregó Fonade tenía aproximadamente esta tendencia que nos permite esto que de acá a acá hay una excavación hay unos movimientos de tierra y eso con software especializado se calcula en esa parte, posteriormente nos llegó”.

El Sr. Espinosa igualmente manifestó al Tribunal que el plano de topografía inicial utilizado para los cálculos, fue el elaborado por cuenta del **FONADE** y no el plano realizado por el Consorcio:

“DR. GIL: Tengo una primera pregunta ingeniero usted utilizó lo que se denomina la topografía inicial de diseño o mejor la que me entregó Fonade que me imagino que fue la misma que entregaron con el contrato, pero no utilizó la topografía inicial que había levantado el Consorcio después del descapote. SR. ESPINOSA: Después de que yo le haga las 4 rayas acá, utilicé esta y posteriormente le voy a dar la razón de por qué utilizamos eso.

DR. GIL: Pero no utilizaron la topografía inicial.

SR. ESPINOSA: Del contratista.

DR. GIL: Del contratista esa es la pregunta.

SR. ESPINOSA: No, esta línea verde es la topografía que nosotros obtuvimos en campo es la topografía del Emprosic hay una de las topografías suministrada por Fonade porque el contratista y la interventoría le hace la entrega a Fonade que con el cliente, pero es que es una topografía que levantó el Consorcio San Antonio que dio esto la línea roja”.

El Sr. Espinosa reiteró que no se tuvieron en cuenta las memorias topográficas ni las carteras topográficas adjuntadas por el **CONSORCIO** para sustentar las actas parciales de obra, desde la 01 hasta la Nro. 18, indicando que los cálculos se hicieron con relación a lo que era visible. (Según el mismo Sr. Espinosa, el trabajo se inició en mayo 2017):

“DR. GIL: Ustedes tuvieron en cuenta las memorias topográficas, las memorias de cálculo, las carteras topográficas que fueron adjuntadas en las obras parciales de obra hasta la número 18 o esas no se tuvieron en cuenta?

SR. ESPINOSA: No señor y las memorias que nos entregaron eran memorias de volumetrías de largo, alto por ancho, algunas estaban claras esas se tuvieron en cuenta habían otras que eran muy difíciles de interpretar nosotros hicimos nuestros cálculos directamente.

DR. MORALES: Sobre qué cálculos, sobre qué planos se hicieron los cálculos?

SR. ESPINOSA: Lo que era visible para nosotros”.

El ingeniero Espinosa reiteró al Tribunal que los cálculos entregados por Emprociv al **FONADE** corresponden a resultados guías, debido a que su empresa no conocía los pormenores de las obras y, por tanto, los cálculos son meramente teóricos:

“DR. SILVA: Quiero hacer mención a que en mi poder tengo el documento el oficio del 15 de agosto del 2017 cuyo radicado es EPCGS022017 con membrete de la firma Emprosiv limitada y suscrito por el señor Néstor Aníbal Espinosa Niño quien nos acompaña el día de hoy.

DR. SILVA: “Emprosiv limitada realizó los cálculos correspondientes a partir de los diseños y elementos técnicos que se deben implementar en procesos constructivos convencionales, dado que es imposible determinar cada variación en diseño de obra es responsabilidad del Consorcio San Antonio presentar de manera ordenada los soportes, memorias, bitácoras, comunicaciones que soportan las cantidades de obra reportadas.

Emprosiv limitada no conoce los pormenores del desarrollo de la obra y por ende presenta unos resultados guía para analizar las cantidades reportadas tanto del contratista como interventor”

DR. SILVA: La pregunta ingeniero Espinosa es que explique el nivel de conclusión o de detalle de lo allí consignado porque en mi criterio no es claro?

SR. ESPINOSA: A lo que se refieren los párrafos que el doctor acaba de leer es que nosotros tuvimos una falencia de información allegada por parte del contratista que las memorias no eran claras no se podían interpretar en ciertos ítems qué tocó hacer, toco tomar los diseños como tal y calcular las cantidades como teóricamente se deben hacer, explico una viga de contrapeso necesito una excavación de 80 centímetros nunca supimos de dónde salían esas excavaciones.

A nosotros nos tocó por la experticia con el grupo de trabajo empezar a calcular elementos que no eran allegados por ellos simplemente había una cantidad nosotros para validar cantidades necesitábamos todas las memorias, las pre actas y todo eso, las cantidades no estaban ni en interventoría ni el contratista la tenían claras.

Ahí va el punto de que como nosotros no estuvimos en el proceso constructivo hubo unos acuerdos que ya lo mencioné los cuales que fueron sustentados en los comités se les avalaron totalmente hubo otros que no tuvieron sustento ni interventoría, ni consorcio supieron de dónde salían los valores qué se hizo quedó consignada una cantidad calculada por Emprosiv Limitada es eso”.

*Finalmente, el Sr. Espinosa manifestó que no se contrató a su firma para determinar las excavaciones y rellenos efectivamente ejecutados por el **CONSORCIO**, sino para avalar unas cantidades previamente determinadas por el **FONADE**:*

“DR. SILVA: En respuesta anterior usted indicó que el informe presentado por la firma Emprosiv determinó si estoy equivocado le pido excusas determinó el 100% de excavación y rellenos ejecutados por Consorcio San Antonio sí o no?

SR. ESPINOSA: A nosotros nos contrataron para avalar una cantidad X nosotros avalamos esa cantidad porque probablemente si le faltaba o no le faltaba ya era responsabilidad de Fonade determinar los porcentajes de avance del contrato que no eran mi responsabilidad”.

Con relación al segundo contrato, relacionados con la validación de las cantidades de concreto y aceros ejecutados en la ejecución de la obra, el Sr. Espinosa contestó:

*“SR. ESPINOSA: El objeto del segundo contrato fue validación de cantidades de concretos y aceros.
DR. SILVA: Informe por favor al respetable Tribunal qué metodología utilizó para ejecutar el objeto contratado por Fonade?*

SR. ESPINOSA: Se hizo visita de campo, se hicieron mediciones de lo visible de concretos de muros, tomas eléctricas acometidas hidráulicas todo lo que fuera visible para nosotros todo lo medimos en campo esa actividad se hizo en esa actividad creo que duramos diez días tomando decisiones, posteriormente en oficina empezamos a hacer los cálculos de acuerdo con los ítems de pago que tenía establecido el contrato y entregados por Fonade para cada ítem se empezó a hacer el cálculo.

DR. SILVA: Para efecto de ilustración del respetable Tribunal quiero que nos ilustre cómo hizo Emprosiv para verificar actividades o temas como pilotes, canalizaciones, pozos, cajas de inspección, ductería de loza, vigas y dados de cimentación en el trabajo de campo que usted refiere cuando ya se encontraban cubiertos?

SR. ESPINOSA: Lo que estaba cubierto se revisó por memorias y diseños, con las memorias allegadas elaboradas por el contratista y los diseños correspondientes voy a poner ejemplos claros, dados en dados encontramos que estaban pagando un único tipo de dado en los diseños eran 7 tipos de dados con los cálculos para cada tipo de dado y multiplicados por su respectiva cantidad”.

Como se aprecia del testimonio anterior, los cálculos se hicieron con respecto a lo que era visible en mayo de 2017, y tomando como base las memorias y diseños entregados por el **FONADE**, pero como ya se advirtió, algunos de ellos presentan falencias y contradicciones, por lo que el Tribunal concluye que los descuentos que se pretendían realizar al **CONSORCIO** en el acta de liquidación unilateral de octubre 03 de 2017, por razón de estos ítems, tampoco se encuentran justificados.

6.3. LA ILEGALIDAD DEL ACTA DE OCTUBRE 3 DE 2017

Por lo tanto, el acto contractual de liquidación unilateral y de declaratoria de incumplimiento de fecha octubre 03 de 2017, adolece de una motivación seria, pues el **FONADE** no se podía sustentar en incumplimientos ya purgados, por virtud de la suscripción de las modificaciones contractuales números 1, 2 y 3, sin reparo alguno, como tampoco puede realizar compensaciones no justificadas, razón por la cual habrá de dejarse sin efectos.

Así como los contratistas no pueden reclamar perjuicios en razón a los incumplimientos del contratante estatal, cuando han procedido a modificar de común acuerdo el contrato sin haber hecho reserva alguna con respecto a tales incumplimientos, tampoco le es lícito a la entidad estatal invocar incumplimientos del contratista anteriores a los otros íes firmados de consuno, si no hizo reserva alguna con respecto a las reclamaciones que quedaban pendientes, tal como lo tiene dicho la jurisprudencia, de tiempo atrás:

*“De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación **con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.** Al respecto sostiene, invariablemente, que **no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación,** de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. En este sentido ya expresó la Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, Exp. 18.017”.*

*“<Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque **no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos.** Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. **Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor**>”.* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 24 de 2013, Rad.: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)).

Nuevamente se resalta el hecho consistente en que, cuando se suscribió la modificación al contrato Nro. 03 de enero 10 de 2017, sin objeción ni observación alguna por parte del **FONADE**, se entienden purgada la mora y cualquier incumplimiento que hasta esa fecha pueda endilgarse al **CONSORCIO**, puesto que de otra forma se desconocería el principio de la legítima confianza creada en favor del contratista.

En relación a la purga de la mora del contratista, se insiste, al folio 2662 y siguientes del Cuaderno de Pruebas Nro. 07, aparece una comunicación del **FONADE** del 26 de octubre de 2016, dirigida a la Compañía de Seguros informando el aviso del siniestro con respecto al seguro de cumplimiento, invocando la causación de la cláusula penal de apremio equivalente al 10% del valor del contrato, por una suma de \$2.297.970.428. Previamente a dicha solicitud, el **FONADE** había citado al contratista a audiencia de descargos para el 24 de agosto de 2016 y su continuación en septiembre 05 de 2016 (Ver folio 2572 del Cuaderno de Pruebas Nro. 07). Luego, no tiene sentido que en septiembre de 2016 haya declarado el incumplimiento del contratista, pero en enero 10 de 2017, el **FONADE** suscriba el acta de modificación Nro. 03, sin hacer alusión a dicho incumplimiento, ni reservarse el derecho de cobrar la multa de apremio reclamada a la aseguradora, con lo cual se purgó implícitamente dicho apremio.

Por lo tanto, los supuestos incumplimientos alegados por el **FONADE** en el pliego de cargos y en el Acta de liquidación unilateral de octubre 03 de 2017, mediante la cual se decretó la liquidación y el incumplimiento del contrato, por hechos y actuaciones del **CONSORCIO** que se dice, se presentaron durante toda la ejecución contractual, no son de recibo, pues se itera, solamente podían alegarse incumplimientos ocurridos entre el 11 de enero de 2017 y el 04 de febrero de 2017, y ninguna motivación al respecto se dio.

En virtud de todo lo anterior, si bien, el contratista no cumplió con la ejecución del contrato a la fecha de expiración del término contractual, esto es, febrero 04 de 2017, pues solo ejecutó aproximadamente el 47% de la obra, el **FONADE** tampoco puede invocar el incumplimiento del **CONSORCIO SAN ANTONIO** en un 53% a la fecha del 04 de febrero de 2017, como causal para declarar unilateralmente el incumplimiento del **CONSORCIO**, tal como se establece en el acta de liquidación, sin incurrir en grave desconocimiento del principio de los actos propios, y de la legítima expectativa del contratista.

Se insiste, si a enero 10 de 2017, la convocada accedió a modificar el contrato, incluyendo 56 INPs que equivalen a obras nuevas, y faltando 24 días para la expiración del término del contrato, fecha en la cual según los reportes de auditoría solamente se había ejecutado aproximadamente el 47% de la obra, y sin embargo, ninguna constancia o queja formuló en la modificación número 03, la convocada no podía alegar en el acto administrativo contractual de octubre 03 de 2017, que el principal y más grave incumplimiento del **CONSORCIO SAN ANTONIO** consistió en que a febrero 04 de 2017, por virtud de los constantes atrasos, solamente había ejecutado aproximadamente el 47% de la obra.

En resumidas, en razón del principio general de la buena fe, por haberse suscrito la modificación Nro. 03, de común acuerdo, se entiende que solamente se le puede endilgar un incumplimiento grave al contratista, cuando este haya ocurrido entre enero 10 de 2017, fecha de dicha modificación, y febrero 04 de 2017, día en que expiró el término contractual. Sin embargo, solamente se podía invocar el atraso, si no ejecutó en esos 24 días, las obras que razonablemente debió desarrollar el **CONSORCIO**, conforme al comportamiento usual durante los 19 meses precedentes, por la potísima razón de que al firmar la modificación Nro. 03, sin salvedad ni objeción alguna, el **FONADE** aceptó implícitamente que el manifiesto atraso en la ejecución de la obra por parte de la convocante no implicaba ningún grave incumplimiento, razón por la cual se dejará sin efectos el acto contractual de liquidación unilateral, de fecha octubre 3 de 2017, expedido por el **FONADE**.

De manera que, para el Tribunal, si bien las cláusulas DECIMO PRIMERA Y DECIMO SÉPTIMA del contrato de obra objeto de estudio, le permitían al convocado declarar el incumplimiento unilateral del contratista, e igualmente proceder a la liquidación unilateral del contrato, son válidas y no corresponden a cláusulas abusivas, sin embargo, se considera que su ejercicio y aplicación si lo fue, y en consecuencia se declarará el incumplimiento del **FONADE** por haber expedido el acto contractual unilateral de octubre 3 de 2017, de manera abusiva y desconociendo el principio de la buena fe, con lo cual se desconoció gravemente los artículos 830 y 871 del estatuto mercantil.

De otra parte, el no pago oportuno del acta parcial de obra número 19, implica violación a lo previsto en el artículo 1.602 del C.C.

7. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Como se ha expuesto ampliamente por este Tribunal, la purga mutua de la mora y/o del incumplimiento contractual que ambas partes tácitamente se dieron al suscribir el acta de modificación contractual Nro. 03, implica que solamente se pueda reclamar una indemnización de perjuicios originada por conductas de las partes ocurridas entre el 11 de enero y 4 de febrero de 2017, y por otros hechos ocurridos con posterioridad, pero por obligaciones pendientes de cumplir al cierre contractual, como consecuencia de actuaciones ocurridas hasta febrero 4 de 2017. Con razón se afirma:

***“Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.*”**

“Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

*“No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como lo es ECOPETROL, **se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial**, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a declarar unilateralmente la caducidad del contrato, o ejercer alguna clase de potestad excepcional, **lo que sí puede es hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico** una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro. Ahora bien, pese a lo dicho, no debe perderse de vista que el ejercicio de las relaciones industriales y comerciales que se amparan en el Derecho privado, tienen su fundamento en la autonomía dispositiva privada, la buena fe y el interés negocial, de donde se desprende el contenido contractual, tanto en su esencia y naturaleza, como en los elementos accidentales que se pacten”.*

“Adicionalmente el pacto de este tipo de estipulaciones, dentro de las cuales se encuentran la cláusula penal, la multa y las garantías de cumplimiento, actúan como mecanismo de presión en los contratantes que se verán impulsados a la debida ejecución de las obligaciones a su cargo y abren la puerta de la solución directa de los conflictos suscitados con ocasión del contrato, de manera que puede favorecer a la descongestión de la administración de justicia

*“Dicho lo anterior, **la Sala encuentra fundamento suficiente para la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por el derecho privado**, por supuesto, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo, y no de poca importancia”.*

*“Ahora bien, asimismo debe tenerse en cuenta que **la parte que unilateralmente finaliza el contrato como consecuencia del incumplimiento puede verse sometida al control judicial, ya no para que el juez haga efectiva la cláusula sino para que verifique su correcta aplicación**, evento en el cual corresponde al juzgador, en primer lugar, verificar si ha habido incumplimiento y, adicionalmente, que la consagración contractual estipule el rompimiento del contrato por dicho incumplimiento”.*

“Con relación a los contratos que requieren liquidación, se dijo en el punto 7 de las consideraciones que el término de caducidad iniciaba su computo una vez suscrita el acta de liquidación o luego de vencido el término dispuesto para tal efecto, por lo regular, 4 meses para la liquidación bilateral o de común acuerdo, más 2 meses para la liquidación unilateral, precepto este que es absolutamente aplicable al caso de autos, mucho más si se tiene en cuenta que de conformidad con lo pactado en las cláusulas 22 y 26 del Contrato de Asociación, luego de su terminación subsistían obligaciones en cabeza de la Asociada, tales como dejar en funcionamiento los pozos, entregar a la Empresa las construcciones, oleoductos, líneas de transferencia y bienes muebles, entre otros”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 24 de 2016 Rad.: 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783)).

Es importante aclarar que, si bien el Tribunal encontró que ambas partes incumplieron el contrato, de manera grave y sistemática, no es posible aplicar, al caso sub júdice la teoría de la compensación de daños por la concurrencia de culpas, en los términos del artículo 2357 del Código Civil, debido a que el fenómeno jurídico que ha impedido el reconocimiento de los perjuicios, corresponde a la mutua purga del incumplimiento, como ya se explicó largamente.

8. LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

Para resolver lo relativo a la liquidación del contrato, se tiene que en la pretensión Nro. 14 se solicita que se realice la liquidación del contrato, en sede arbitral, como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento del **FONADE**:

“Que, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento a FONADE, se realice la LIQUIDACIÓN en sede arbitral del contrato en los términos previstos por las reglas de participación, el contrato, la ley y la Constitución Política de 1991”.

El Tribunal, en su deber de interpretar la demanda, entiende que el incumplimiento al que se refiere esta pretensión, está ligado a las pretensiones Nro. 11, 13 y 15, según las cuales, el **FONADE** incumplió el contrato al declarar la terminación unilateral y el incumplimiento contractual del **CONSORCIO** violando la ley y la Constitución, circunstancia plenamente acreditada. Puntualmente, en la pretensión Nro. 15, se solicita:

“Que como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento contractual en contra de FONADE y de la nulidad de los actos jurídicos anteriormente enunciados, y luego de que se efectúe la liquidación correspondiente del contrato, se declare RESPONSABLE a la parte demandada, esto es, a FONADE, por los daños y perjuicios materiales causados al contratista, el Consorcio San Antonio y sus asociados”.

Es decir, lo que se pretende es que una vez se declare el incumplimiento del **FONADE** al proceder a declarar unilateralmente la liquidación y el incumplimiento contractual, el Tribunal realice la liquidación judicial del mismo.

Por lo tanto, al haberse determinado que el referido acto contractual de liquidación unilateral contractual de fecha 03 de octubre de 2017, se realizó incumpliendo la Constitución y la ley, puesto que se incurrió en abuso del derecho y desconociendo el principio de la buena fe contractual consagrado en los artículos 830 y 871 del estatuto mercantil, se dejará sin efectos tal declaración contractual unilateral, por lo que resulta procedente que el Tribunal proceda, en vía judicial, a la liquidación del contrato, según lo solicitado en la pretensión 14 de la demanda reformada, y de acuerdo a la interpretación dada a la demanda.

Por cuanto previamente se ha determinado que el acto contractual y de derecho privado relativo a la declaratoria de incumplimiento y liquidación unilateral del contrato, proferido por el **FONADE**, al resultar abusivo y por violar el principio de la buena fe contractual, se habrá de dejar sin efectos, resulta procedente la liquidación judicial del contrato, según lo solicitado en la demanda reformada.

Sea lo primero anotar que de manera específica, con respecto al acto administrativo de liquidación unilateral, y la consecuente facultad del Tribunal de arbitramento para proceder a efectuar la liquidación judicial, si previamente se decreta su nulidad, se ha dicho:

“7. La competencia de los árbitros respecto de la declaratoria de incumplimiento.

Se pidió en la demanda la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento del contrato de consultoría 022 de 1996, declaratoria que fue

considerada por la parte actora como ejercicio de un poder exorbitante de la Administración, lo cual, en principio, excluiría el tema de la competencia de los árbitros”.

“Así pues, dado que la declaratoria de incumplimiento no hace parte de aquellas facultades de las entidades estatales comprendidas dentro del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los Tribunales de Arbitramento gozan de competencia para conocer de este tipo de actos administrativos”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de febrero 11 de 2014, Rad.: 250002326000199902436 02)).

“La Ley 1563 de 2012 consagró la competencia de los tribunales de arbitramento para dirimir las controversias referidas a la liquidación del contrato estatal, sin distinguir el tipo o contenido de la controversia, según se lee en el artículo primero, lo cual se une a que el acto de liquidación unilateral no se encuentra dentro de aquellos que la ley enumera bajo las cláusulas excepcionales contenidas en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993”.

“En este orden de ideas, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal de Arbitramento sí tiene competencia para anular, total o parcialmente, el acto de liquidación unilateral del contrato, en la medida que sobre ello verse la controversia sometida a la jurisdicción arbitral.

Ahora bien, en el caso concreto de la liquidación se debe tener en cuenta que el estatuto de arbitraje contenido en la Ley 1563 de 2012 otorgó competencia para conocer de las diferencias sobre asuntos de libre disposición y sin duda, las partidas financieras de la liquidación del contrato estatal son de aquellos asuntos, en cuanto pueden ser objeto de consenso...”.

“De conformidad con lo que se acaba de exponer, teniendo en cuenta que el Tribunal de Arbitramento tenía la competencia para anular el acto de liquidación unilateral del contrato, también detentaba la potestad para modificarlo o adicionarlo y para dirimir la controversia contractual en torno del pago de obligaciones pendientes”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2015-00184 de agosto 1º de 2016)

Para efectos de proceder a la liquidación judicial del contrato, el único incumplimiento del **FONADE** que fue acreditado, una vez terminado el contrato, pero por razón de obligaciones surgidas hasta febrero 4 de 2017, corresponde al descuento realizado a la factura parcial de obra número 18, y al no pago de la factura parcial de obra Nro. 19.

En lo que respecta al acta parcial de obra Nro. 18, es importante anotar que dicha acta fue radicada por el **CONSORCIO**, inicialmente, el 09 de diciembre de 2016, y en atención a algunas sugerencias realizadas por la interventoría, se presentó nuevamente el 29 de diciembre del mismo año, pero solamente fue pagada en febrero 2 de 2017, según se confiesa en la página 72 de la contestación a la demanda.

En relación a los descuentos realizados en dicha acta 18, sólo a partir del oficio OC-BNV-2016-340 de octubre 11 de 2016, Serinco empezó a formular observaciones técnicas a los cálculos referentes a las excavaciones y rellenos realizados en las actas parciales de obra 1 a la 17, manifestando que las actas parciales de obra y su pago, tienen carácter provisional, y, en consecuencia, con posterioridad, la interventoría podía hacer las correcciones y modificaciones que considere necesarias.

Mediante oficio CSA-170615 de enero 11 de 2017, (folio 2735 del C.P. Nro. 7), el **CONSORCIO** reclama a la interventoría, con respecto a los nuevos cálculos sobre excavaciones y rellenos realizados por Serinco, manifestando que la interventoría no acompañó al contratista en el levantamiento de las memorias topográficas elaboradas por el Contratista para justificar las nuevas cantidades relativas a rellenos y excavaciones, y sin embargo, el interventor, utiliza esas mismas memorias topográficas, pero sin tener en cuenta sus anexos, pretende hacer unos descuentos. En dicha misiva, el **CONSORCIO** anexa varias fotografías y soportes técnicos, para acreditar que los cálculos de Serinco son errados.

Por su parte, Serinco en enero 16 da contestación a la reclamación anterior, reiterando que los cálculos realizados por la interventoría son los reales, sin aducir razones técnicas y aportar los soportes correspondientes. En efecto, para justificar el resultado de sus nuevos cálculos, el interventor, mediante oficio PC-BNV-204-216 de enero 16 de 2017 (folio 322 del C.P. Nro. 11), manifestó:

“Por lo tanto, dentro del balance de cantidades efectuadas por la interventoría, se encuentran calculadas todas las explicaciones que requiere el proyecto, incluyendo las rampas, parqueaderos, tiendas escolares y espacio público, la responsabilidad de la suspensión de estas actividades recae directamente sobre el contratista.

“Igualmente se aclara que no se ha aplicado otro criterio, sino se ha aplicado una revisión total de las cantidades requeridas, frente a las recibidas parcialmente, conforme a los procedimientos técnicos y mecanismos que existen para el cálculo de estas”.

Por lo tanto, el Tribunal considera que los cálculos realizados por la interventoría en octubre de 2016 y enero de 2017, para determinar el volumen de metros cuadrados relativos a los rellenos y las excavaciones realizados por el contratista, corresponden a meras mediciones teóricas, de acuerdo con los diseños y planos relativos a la obra, pero es evidente que no se hizo ningún trabajo de campo para corroborar si los volúmenes y precios establecidos por el **CONSORCIO**, en las actas parciales de obra Nro. 01 hasta la nro. 17 debidamente aprobadas por Serinco, se ajustan a la realidad, o estaban inflados.

En consecuencia, considera el Tribunal que el descuento unilateral realizado por la interventoría el día 24 de enero de 2017, para aprobar definitivamente el valor final del acta parcial de obra Nro. 18, descuento que corresponde a la suma de \$389.714.627, no tuvo justificación técnica alguna. Con relación al acta parcial de obra Nro. 18, en la página 79 de los alegatos, el **FONADE** acepta que de

manera unilateral se realizó un descuento por la suma de \$398.714.627.62 por razón de las actividades correspondientes al movimiento de tierras (excavaciones y rellenos), suma que por lo tanto, se tendrá como cierta, por coincidir con lo manifestado en la demanda.

Ahora bien, para aclarar lo relativo al descuento, el **FONADE**, mediante comunicación No. 20172200090391 del 5 de abril de 2017, solicitó a la interventoría que justificara el descuento, y Serinco, mediante oficio PC-BNV-225-2016 del 28 de abril de 2017, contestó:

“Los ajustes efectuados en el acta parcial de obra, corresponde a un ejercicio de revisión de las cantidades ejecutadas principalmente por concepto de movimiento de tierras, a fin de consolidar el total de las actividades realizadas conforme a su estado de avance, a las controversias presentadas por el Contratista y a la proximidad de la terminación de la obra”.

Para el Tribunal, resulta determinante lo manifestado por Serinco al **FONADE** mediante comunicación PC-BNV-225-2016 del 28 de abril de 2017 en la cual se expresa:

*“El interventor acepta que a las actas parciales de obra se les adjuntan las memorias de cálculo y aclara que su contenido debe coincidir con lo previsto en las especificaciones, estudio y diseños. En otras palabras, se indica que los volúmenes de excavado y rellenos de las memorias de cálculo no coinciden con lo consignado en los estudios y diseños y con lo cual se evidencia que su confrontación se realizó tardíamente y mediante cálculos de escritorio, cuando era obligación de Serinco validar las memorias de cálculo, en la obra misma, y en la medida en que el **CONSORCIO** realizaba los levantamientos topográficos”.*

Tal como se manifiesta en los alegatos del **FONADE**, existían divergencias entre los volúmenes y valores determinados por el contratista, Serinco y Emprociv, lo que permite concluir que tampoco hay certeza con respecto a los cálculos realizados por el interventor y que fueron determinantes para deducir la suma de \$368.714.627.62 del valor del acta parcial de obra Nro. 18. En todo caso, en lo que sí coinciden convocante y convocado, es que efectivamente este fue el valor descontado del acta parcial de obra Nro. 18 por razón del movimiento de tierras, por lo que tal cifra será la que tendrá en cuenta el Tribunal en la liquidación del contrato.

Por tanto, teniendo en cuenta que el descuento al acta 18 se realizó el 24 de enero de 2017, después de la modificación contractual Nro. 03, tal conducta también implica un incumplimiento del **FONADE**, que no se entiende previamente purgado.

Con respecto a la referida acta 19, el **FONADE** ha reconocido expresamente que debió haberse aprobado por la interventoría y procederse a su pago, según diferentes comunicaciones electrónicas que obran en el proceso, y en el acta de liquidación unilateral de octubre 4, igualmente se reconoce plenamente dicha deuda. En primer término, el e-mail de Ángela María Lombana, funcionaria que tenía

el cargo de gerente del contrato, documentos que obran a folios 346 y siguientes del cuadro de pruebas Nro. 10 y folio 513 del cuaderno de pruebas Nro. 10, con el siguiente contenido:

“Ingeniero Hernán, buenas tardes:

Por medio del presente correo, quisiéramos manifestar nuestra preocupación respecto a la situación que se ha venido presentado con el trámite de desembolso del acta de avance parcial de obra No 19 (corte diciembre de 2016) del contrato de obra No 2151046, el cual a pesar de nuestra solicitud expresa, de que fuera tramitado antes del cierre contable del mes de junio de 2017, es decir, hoy, antes de las 4:30 pm, no fue posible.

En este sentido, quisiéramos precisar:

1. *Sobre el trámite de esta acta de avance parcial de obra No 19, venimos trabajando desde el mes de mayo de 2017”.*

“(…) Por lo anterior, agradecemos ingeniero Hernán Maldonado, tres cosas: 1) Se dé trámite al acta de avance parcial No 19, en los términos establecidos en el contrato de obra No 2151046; es decir, amortizando el 20% de anticipo y reteniendo en garantía el 10% del valor del acta parcial No 19 (teniendo en cuenta, que esta no es el acta final de obra). 2) El corte del acta de avance parcial No 19, deberá ser diciembre de 2016; esto a fin, que el corte del de avance parcial No 20, sea enero 2016 a 4 de febrero de 2017. 3) Agradecemos que Serinco Colombia, antes del cierre contable del mes de junio de 2017, presente los documentos para el trámite de desembolso del contrato de obra No 2151046 y de interventoría No 2161068; por supuesto, si se cumple con el lleno de los requisitos establecidos en el contrato y en el manual de interventoría y supervisión de Fonade; para dar trámite al pago (…).”

“(…) En atención a que la fecha de cierre para la radicación de facturación en FONADE, correspondiente al del mes de junio es el día de mañana (22/06/2017), y en relación al acta parcial No 19 del Contrato de obra No 2151046 (Construcción I.E San Antonio -Buenaventura), radicada nuevamente en las instalaciones de la firma Serinco Colombia, el viernes 16 de junio por el Consorcio San Antonio, reiteramos lo que en correos electrónicos del 14 y 15 de junio de 2017, emitidos por la Ing. Ángela Lombana – como gerente del Convenio, solicita amablemente se dé trámite al acta parcial No 19, en los términos establecidos en el contrato de obra (…).”

En parecidos términos, en la comunicación de la ingeniera y supervisora del contrato Xiomara Hernández del **FONADE**, dirigida a Hernán Maldonado de Serinco, que consta al folio 346 del cuaderno de pruebas Nro. 10, se lee:

“En atención a que la fecha de cierre para la radicación de facturación en FONADE, correspondiente al del mes de junio es el día de mañana (22/06/2017), y en relación al acta parcial No 19 del Contrato

de obra No 2151046 (Construcción I.E San Antonio -Buenaventura), radicada nuevamente en las instalaciones de la firma Serinco Colombia, el viernes 16 de junio por el Consorcio San Antonio, reiteramos lo que en correos electrónicos del 14 y 15 de junio de 2017, emitidos por la Ing. Ángela Lombana – como gerente del Convenio, solicita amablemente se dé trámite al acta parcial No 19, en los términos establecidos en el contrato de obra No 2151046 (amortización del 20% de anticipo-retegarantía del 10% del valor del acta), y el lleno de los requisitos determinados en el manual de Supervisión e Interventoría de FONADE para dar trámite al pago: teniendo en cuenta que el acta No 19 no corresponde al acta final de obra, por cuanto se está adelantando con los profesionales del Área de Infraestructura Social y el Consorcio San Antonio, la revisión de las memorias de cálculo de los concreto y aceros, encontrándose hasta el momento algunas diferencias a favor del Consorcio San Antonio, que deberán ser subsanas en la próxima acta (No 20)”.

En cuanto al valor correspondiente al acta parcial de obra número 19, el **FONADE**, mediante oficio con radicado N° 20172700333881 de fecha 28 de noviembre de 2017, expresa lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta que el presente documento hace parte integral del Acta de Liquidación unilateral, es la oportunidad para aclarar que el contratista tiene pendiente la facturación de **la suma de seiscientos veintiocho millones cincuenta mil ochenta y ocho pesos**, correspondiente al valor del acta de avance parcial de obra N° 19 de acuerdo con el informe técnico para la liquidación del contrato”.*

Tal suma coincide con lo manifestado a deber por cuenta de la referida acta, según lo expresado en los alegatos del **FONADE** y lo consignado en el borrador del acta de liquidación bilateral preparada por el **FONADE** (folio 159. C. pruebas # 11).

Por tanto, se ha acreditado plenamente el valor de la referida Acta 19 parcial de obra es por la suma de \$628.050.088,00, y la aceptación sobre la realidad de la deuda, se probó con las comunicaciones anteriormente transcritas, razón por la cual se ordenará su pago.

Ahora bien, con relación al acta parcial de obra Nro. 20, lo único que se probó en el proceso es que esta aún no ha sido pagada, pero el Tribunal no puede ordenar su pago en razón a que la mencionada acta y sus soportes no han sido aprobados ni por el interventor ni por el **FONADE**, y tampoco se acreditó que las obras que allí se relacionan fueron efectivamente ejecutadas, en las cantidades, valor e ítems relacionados por el **CONSORCIO**, tal como lo expresó el perito al contestar la pregunta 3.24 del dictamen:

“Sin embargo, es importante señalar que el valor de estas actas, y por consiguiente el de las cantidades de obra realmente ejecutadas, no se encuentran aprobadas ni por el interventor del proyecto ni por FONADE”.

De manera que, para realizar la labor liquidatoria solicitada en la demanda, el Tribunal desea aclarar que el **CONSORCIO**, no aportó las actas parciales de obra y sus respectivos anexos, Nros. 18, 19 y 20. Sin embargo, este Tribunal, con base en las demás pruebas aportadas en el proceso, pudo establecer todo lo relativo a las actas 18 y 19, llegando a la conclusión que el **FONADE** quedó debiendo al **CONSORCIO** las sumas ya determinadas anteriormente.

Se reitera que con respecto al acta parcial de obra Nro. 20, no hay prueba alguna en el expediente que permita al Tribunal determinar la realidad de las obras allí relacionadas, ni los volúmenes, cantidades y precios consignados en tal documento. Adicionalmente, como dicha acta parcial tampoco fue debidamente aprobada por el interventor, ni por el **FONADE**, no se podrá tener en cuenta en la liquidación final del contrato.

Es muy importante aclarar que no obstante que el acta unilateral de liquidación del 03 de octubre de 2017, suscrita por Carolina Ramírez Santamaría en su calidad de gerente de unidad del área de contratación, controversias contractuales y liquidaciones del **FONADE**, ha sido considerada sin efectos, no significa que toda la información contenida en dicho acto contractual esté errada, pues el Tribunal ha fundado la falta de efectos de tal decisión contractual, por inexactitudes relacionadas, exclusivamente con la imputación del incumplimiento del **CONSORCIO**, la intención de cobro de los honorarios pagados a Emprociv, y las pretendidas deducciones por razón de lo previamente pagado por preliminares, excavaciones y rellenos, así como el valor estimado del acta número 19. Lo anterior, debido a que en el expediente no existen otras pruebas que, de manera cierta, permitan determinar lo relativo al anticipo, para proceder a liquidar el contrato.

Por lo tanto, el Tribunal tendrá en cuenta lo relativo al saldo del anticipo relacionado en el acta de liquidación unilateral, cifras tomadas de los balances económicos del contrato derivado – FEP, con cortes a 23 y 28 de agosto de 2017, según cuadro que aparece en la referida acta de liquidación y que se reitera en las páginas 0177 y 0180 del cuaderno de pruebas número 11.

Según los cuadros anteriormente referenciados, el contratista recibió a título de anticipo la suma de \$4.588.862.986.00, alcanzó a amortizar la suma de \$2.131.591.841.00, quedando un saldo por amortizar de \$2.457.271.145.00.

Según los balances referidos, el valor pendiente a reintegrar por anticipo, corresponde a la suma de \$763.695.136.00.

De todas maneras, se reitera, no es posible descontar al contratista \$239.791.972 por deducción injustificada, con respecto a rellenos y excavaciones, ni la suma de \$48.273.232.20 por concepto de deducción injustificada por razón de capítulos preliminares.

Teniendo en cuenta que la única prueba para establecer lo relativo al anticipo, corresponde al balance incorporado en el acta de liquidación unilateral de octubre 03 de 2017 elaborada por el **FONADE**, de

conformidad con los balances económicos del contrato derivado – **FEP** con cortes al 23 y 28 de agosto de 2017, se tiene que una vez cruzado el anticipo pagado, con el anticipo causado, queda un saldo a título de anticipo por reintegrar por la suma de \$763.695.136, por lo que tal suma será descontada de lo que le corresponda al **CONSORCIO**.

Suma a deber el Consorcio por descuento injustificado, acta Nro. 18	\$ 389.714.627
Suma adeudada al Consorcio por concepto acta parcial de obra Nro. 19	\$628.050.088
TOTAL SUMA ADEUDADA AL CONSORCIO	\$1.017.764.715
Suma a compensar por anticipo no causado	\$ 763.695.136
Total adeudado al Consorcio	\$254.069.579

El Tribunal considera que la suma resultante de \$254.069.579, se debe actualizar a partir del día siguiente al vencimiento del término para realizar la liquidación del contrato por las mismas partes, esto es, entre el día 5 de octubre de 2017, y la fecha del laudo. Según el IPC publicado por el banco de la república, hasta enero de 2019, la suma anteriormente referida una vez actualizada, equivale a \$267.256.264.00.

A la cifra anterior, se debe agregar el valor de la cláusula penal, en el valor que se determina al punto siguiente, como condena en favor del Consorcio.

9. LA CLÁUSULA PENAL

En la demanda se pretende que se condene a la convocada al pago de la cláusula penal, por la suma de \$6.893.911.285.00, como consecuencia del incumplimiento del contrato y según lo pactado en la cláusula novena del contrato de obra.

Baste anotar que la cláusula penal corresponde a una sanción contractual establecida de antemano por los contratantes, que sirve para reclamar su importe, pero sin tener que acreditar los perjuicios causados, que es cosa diferente. La misma ley diferencia los perjuicios, de la cláusula penal, al permitir

la acumulación de ambos rubros, cuando así se consigna expresamente en el contrato, según lo previsto en el artículo 1600 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 1600. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

En la pretensión número 17, literal C), se solicita condenar al FONADE al pago de la totalidad de la cláusula penal pecuniaria; sin embargo, la demandada, al objetar el juramento estimatorio, ha manifestado que el CONSORCIO no puede reclamar para sí la cláusula penal, en razón a que esta se pactó exclusivamente en favor de la convocada.

Al respecto el Tribunal considera que el contenido de la cláusula novena establecida en el contrato de obra Nro. 2151046 que fue predispuesta por el **FONADE** y aceptada por el **CONSORCIO** en su condición de adherente, según su tenor literal, parecería que solamente aplica en favor de la convocada. En efecto, el texto de la referida cláusula es el siguiente:

*“CLÁUSULA NOVENA.-CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: En ejercicio de la autonomía de su voluntad, las partes acuerdan libre, expresa e irrevocablemente la causación y efectividad de la cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo del **CONTRATISTA**, después de terminado el plazo de ejecución, **FONADE** podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena, por un monto equivalente hasta por el treinta por ciento (30%) valor total del contrato. El pago del valor acá señalado a título de cláusula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento del **CONTRATISTA**, razón por la cual **FONADE**, tendrá derecho a obtener de **EL CONTRATISTA** el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. **EI CONTRATISTA** autoriza a **FONADE** a descontar y compensar de los saldos presentes o futuros a su favor, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, **FONADE** podrá obtener el pago de la pena pecuniaria haciendo efectiva la garantía de cumplimiento para lo cual seguirá el procedimiento indicado en la cláusula Décima Primera o mediante el ejercicio de las acciones legales a que haya lugar. El valor de la pena pecuniaria pactaba se calculará sobre el valor total del contrato, incluidas las modificaciones al valor del mismo, sin perjuicio de lo previsto en el Art. 1596 del Código Civil”.*

Sin embargo, respecto a estas cláusulas penales unilaterales y de una sola vía, es decir, aquellas establecidas en favor de la parte predisponente del contrato, la doctrina ha considerado que estas se han de interpretar, igualmente, en favor de la parte adherente, por virtud de la equidad natural que por ley, se entiende incorporada en todo contrato, según lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio:

*“De esta forma entiende esta Sala de Revisión que, aplicado a una relación negocial, el principio de buena fe involucra deberes de honestidad, claridad, **equilibrio, reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte, entre otros**. Sin embargo, debe así mismo resaltarse que la aplicación de las reglas que derivan del principio de buena fe no puede hacerse de una manera mecánica, sino que serán los elementos propios de cada situación, la actitud de las partes en ejecución del contrato, las cláusulas específicas por éstas acordadas, etc. las que determinen la interpretación que el juez haga del principio de buena fe en cada específica situación”. (Sentencia T-537 de 2009).*

*“Las conductas de lealtad, honestidad y diligencia a las que la doctrina hace alusión, son también predicables respecto de los negocios jurídicos, toda vez que éstos se presumen celebrados de buena fe y **obligan no sólo a lo que el tenor literal del respectivo convenio estipule, sino a todo aquello que de su naturaleza intrínseca se desprenda**. La buena fe contractual implica entonces que en virtud de ella en el convenio sea posible identificar otras obligaciones y prohibiciones que por la virtualidad de la norma escrita no hubieren quedado contempladas de manera expresa en el contrato (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 29 de 2012. Rad.:110010326000 201000051 00)).*

De suerte que, por virtud del principio de equidad, que se incorpora a todo contrato sin necesidad de pacto expreso, en virtud de la regla conocida como la buena fe objetiva o integradora del contrato, el **CONSORCIO** si puede invocar en su favor la causación de la cláusula penal:

“A este respecto, cumple advertir que el contenido del negocio jurídico constituye un todo compacto, homogéneo y está integrado con todo cuanto le pertenece por definición (esentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia), y lo expresamente convenido (accidentalialia negotia), incorporando per se las disposiciones legales consagradoras de sus efectos (artículos 864 y 871, Código de Comercio; 1501, 1602 y 1603, Código Civil), para el caso de la agencia comercial, las normas jurídicas que la regulan, incluida la del artículo 1324 del Código de Comercio.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de julio del 2010, Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01).

*“... En consecuencia, **si se prueba la razonabilidad del criterio de equidad, estaría probada la obligación secundaria** con base en el principio de buena fe objetiva o integradora del artículo 871 del Código de Comercio...”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de octubre del 2004, expediente 6975).*

Con respecto a este tipo de cláusulas o derechos establecidos exclusivamente en favor de la administración pública, como contratante, se ha dicho que estas prerrogativas unilaterales, también pueden aplicarse en favor del oferente, cuando quien incumple es el Estado:

“... que la valoración de ese daño corresponde, en principio, a la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato que no fue adjudicado; no obstante, hace varios años esta Sección de la

*Corporación sostuvo que, cuando no existían los suficientes elementos de juicio para establecer el monto de la utilidad esperada, era procedente fijar la indemnización en el valor por el cual se prestó la garantía de seriedad del ofrecimiento, pues, así como la entidad estatal exige a los oferentes que presten una garantía o depósito con el fin de asegurar que el vencedor suscribirá el contrato adjudicado, dentro del término previamente señalado en el pliego de condiciones, “...so pena de quedar a favor de la entidad en calidad de multa el valor o garantía constituida para tal efecto...”, **debe acudirse a la misma solución, por razones de equidad, en caso de presentarse la situación opuesta...**” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 16 de 2012. Radicación número: 25000232600019940042701(19216)).*

De manera reciente, la corte suprema considero razonable interpretar como de doble vía las cláusulas penales unilaterales, como mecanismo para romper su carácter abusivo, solo que en el caso debatido entendió que la cláusula penal no aplicaba a lo relacionado con la terminación del contrato:

“...lo que podría interpretarse como una cláusula penal pactada en beneficio exclusivo del Proveedor –Philip Morris S.A.- que, en principio, haría inviable al Distribuidor –Marcar Distribuciones Ltda.- pretender hacerla efectiva en su favor.

Pero si aún se desatendiera ese tenor literal de la estipulación contractual, por lo odioso -al ser como es un contrato bilateral, que permitiría calificar la misma como una cláusula abusiva, en razón a que esa literalidad generaría un desequilibrio jurídico injustificado en el contrato, contrario al principio de la buena fe, que ha sido determinante para la definición de este juicio- y se interpretara en el sentido que la misma resulta aplicable indistintamente a ambos contratantes, de igual forma resultaría improcedente su otorgamiento.

Ello, debido a que de su contenido se advierte que el cobro de la misma tenía como razones para su reconocimiento la desatención de las obligaciones propias de la ejecución contractual, no por la terminación unilateral...”. (Corte Suprema de Justicia, Sala civil, sentencia SC170-2018 de febrero 18 de 2018).

En este mismo orden de ideas, si se interpreta la referida cláusula penal como de una sola vía y en favor del **FONADE**, es evidente que se trataría de una típica cláusula abusiva, y, por tanto, la única forma de aplicarla en forma equitativa y bajo el principio de la buena fe previsto en el artículo 871 del Código de Comercio, es entendiendo que también tiene aplicación cuando el **FONADE** incumpla con sus obligaciones. Solo de esta forma se sana la lesividad de dicha cláusula.

De suerte que, si el juez tiene la obligación de interpretar el contrato, aplicando el criterio de la buena fe, el Tribunal entiende que la cláusula penal pecuniaria consignada en la cláusula novena del contrato de obra Nro. 21510446, también puede ser invocada por el **CONSORCIO**, cuando quien incumple el contrato es el **FONADE**:

“Hecha la anterior precisión, sin embargo observa la Corte, por ser aquí pertinente, que en materia de aplicación e interpretación de las cláusulas de un contrato se conjuga una compleja

*investigación, pues, a la par que exige escrutar sus términos y la verdadera intención de las partes contratantes para encontrarle a aquéllas su fuerza y eficacia, **no puede perderse de mira, entre otros aspectos, el postulado de la buena fe** con que deben obrar los sujetos participantes en la creación del vínculo”.*(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 21 de 2002, Exp. 72889.

*“La noción de buena fe suele ser contemplada desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, aquella que mira el interior de la persona y, por ende, toma en cuenta la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones; en segundo lugar, como una regla de conducta, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad; y, **finalmente, como un criterio de interpretación de los contratos**”.*(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia febrero 02 de /2005, Exp. 1997-9124 02).

Si bien, el convocante pretende que se condene a pagar la totalidad del valor pactado como cláusula penal pecuniaria, el Tribunal, haciendo uso de lo mandado en el artículo 867 del Código de Comercio, procederá a reducir su importa, en proporción al incumplimiento probado en este proceso. En efecto, el referido precepto, dispone:

Artículo 867. Cláusula penal. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Quando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

*Quando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.***

Teniendo en cuenta que la cláusula penal acordada en la cláusula novena del contrato de obra, autoriza su cobro por incumplimientos parciales del contrato, y permite su reclamación acumulada a la petición de perjuicios, en los términos del artículo 1.600 del Código Civil, el Tribunal procederá a su condena proporcional al incumplimiento acreditado del **FONADE** que corresponde a la suma de \$1.017.764.715, (ver cuadro de liquidación judicial), cifra que equivale al 4.42% del valor total del contrato, por lo que aplicando este mismo porcentaje al valor pleno de la cláusula penal, se obtiene una cifra final de \$304.710.878.00, valor al cual se reduce equitativamente la cláusula penal, según el artículo 867 del estatuto mercantil.

10. SOBRE CIERTAS PRETENSIONES

Teniendo en cuenta todo lo expuesto con anterioridad, procede el Tribunal a motivar especialmente lo que corresponda con respecto a algunas de las pretensiones de la demanda

10.1. LA PRETENDIDA NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRACTUALES

Especial atención del Tribunal merece lo solicitado en la pretensión novena de la demanda arbitral reformada, la cual se formuló en los siguientes términos:

“9. Que se declare que los actos jurídicos (informes técnicos, oficios, conceptos y valoraciones técnicas y de ingeniería) efectuados por FONADE, con base en los informes de interventoría, sobre el desarrollo del proyecto en cabeza del CONTRATISTA, el Consorcio SAN ANTONIO, son NULOS absolutamente, conforme al artículo 899, numeral 1° del Código de Comercio, por cuanto existe un conflicto de intereses por parte del interventor, que a su vez actuó como diseñador en el mismo contrato, por violación a las reglas de participación, la Constitución Política de 1991 y la ley 222 de 1995 (art. 23), al artículo 1° del decreto 1925 de 2009, a la ley 80 de 1993 y a la ley 1474 de 2011”.

En verdad, los informes técnicos, oficios, conceptos y valoraciones técnicas y de ingeniería suscritos y remitidos por el **FONADE** al contratista, como consecuencia de los informes expedidos por la interventoría, corresponden a actos jurídicos unilaterales de mero trámite y de ejecución contractual que no alcanzan la categoría de “contrato”, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio y por lo tanto, no son susceptibles de declararse nulos por violación a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el Decreto 1925 de 2009 y la Ley 80 de 1993, razón suficiente para declarar que no prospera la pretensión 9°.

10.2. LA NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA

La pretensión decima de la demanda reformada, también merece un análisis especial. En dicha pretensión se solicita lo siguiente:

“10. Que se declare que las respuestas, pronunciamientos y actos jurídicos contractuales emitidos por la doctora Carolina Ramírez Santamaría, que actúa en calidad de Gerente de Unidad Área de Contratación Controversias Contractuales y Liquidaciones, son NULOS absolutamente, por cuanto no tiene competencia para ello, habida cuenta que no existe o no existió un acto jurídico de desconcentración administrativa o de delegación de funciones por medio del cual se le confirieran facultades específicas, expresas y concretas por el órgano competente de FONADE para llevar a cabo proceso de incumplimiento contractual o proceso contractual para hacer efectivo el amparo contenido en la póliza contratada para este negocio jurídico”.

Según los hechos 81, 281 y 282 de la demanda reformada, la Dra. Carolina Ramírez no tenía competencia, por falta de delegación, para emitir ningún acto jurídico contractual.

Sin embargo, en el proceso se acreditó que la mencionada funcionaria si tenía facultades delegadas para disponer lo que correspondiera en relación al contrato de obra. Lo anterior, sin perder de vista que se trata de actuaciones contractuales que no tienen la condición de actos administrativos. En todo caso, si tal naturaleza tuvieran, serían de mero trámite o preparatorios, contra los cuales no procede recurso alguno (Arts. 7 y 74 del C.P.A.C.A.) y tampoco son susceptibles del proceso de nulidad, al no corresponder a controversias contractuales, en los términos del artículo 141 del C.P.A.C.A.

11. LAS EXCEPCIONES

11.1. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE PACTO ARBITRAL

Este Tribunal se refirió a ella en el acápite denominado “Sobre la competencia del Tribunal”, en el que concluyó la existencia del pacto arbitral.

11.2. EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA

En virtud de la de la declaratoria de existencia del pacto arbitra, este Tribunal, en consecuencia, goza de jurisdicción y competencia para el conocimiento de fondo y posterior decisión de la controversia puesta a su consideración.

11.3. EXCEPCIÓN DE NADIE PUEDE ALEGAR EN SU FAVOR SU PROPIA CULPA, OBLIGACIÓN DE OBSERVACIONES A ESTUDIOS Y DISEÑOS – LOS ACTOS PROPIOS

Con relación a la excepción 4.3 “*NADIE PUEDE ALEGAR EN SU FAVOR SU PROPIA CULPA, OBLIGACIÓN DE OBSERVACIONES A ESTUDIOS Y DISEÑOS*”, el **FONADE** hace consistir dicha excepción alegando que, de conformidad con la cláusula quinta del contrato, el contratista contaba con 15 días anteriores a la firma del acta de inicio, para hacer las observaciones pertinentes a los estudios, planos y diseños, y no lo hizo. Por virtud de tal omisión, según la convocada, se debe aplicar lo previsto en la regla de participación 4.3.8, en el sentido que si vencido dicho plazo, el contratista no hacía observación alguna con relación a los planos, diseños y estudios técnicos “(...) *se entenderá la aceptación total de los mismos*”.

Al respecto, reitera el Tribunal, el plazo de los 15 días, solo se justifica para formular las observaciones y objeciones que aparezcan de manifiesto en dichos documentos, pero no significa que si durante la ejecución de las obras, se evidencian serias contradicciones y deficiencias en los planos, estudios y diseños técnicos, el contratista deberá seguir ejecutando las obras conforme a las especificaciones técnicas contenidas en dichos documentos, sin enterar al contratante de tales contradicciones y falencias, pues con tal conducta, incurriría en grave incumplimiento a su deber de planeación.

También se debe tener presente que en el contrato se previó que durante su ejecución se podían presentar obras adicionales no contempladas inicialmente, pero si necesarias para la debida ejecución de las obras, y por tal virtud, en la regla de participación 4.1.6., se estableció todo el régimen de los INPs.

Casualmente muchos de los INPs incorporados en las modificaciones contractuales Nro. 2 y 3 se aceptaron, precisamente, para poder ejecutar en debida forma la obra, y como ajuste a las

contradicciones y deficiencias encontradas en los estudios, planos y diseños entregados por el **FONADE**.

11.4. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Con respecto a la excepción de mérito Nro. 4.4 denominada excepción de contrato no cumplido, este Tribunal habrá de desestimarla, pues conforme al artículo 1609 del Código Civil, para la prosperidad de dicha excepción, se deben cumplir dos condiciones a saber: 1) Que quien la invoca, sea un contratante cumplido; 2) Que se acredite el incumplimiento del otro contratante.

Resulta que, en virtud de las 3 modificaciones contractuales, la última suscrita el 10 de enero de 2014, como ya se dijo, ambas partes purgaron la mora y el incumplimiento del otro contratante, al no haber hecho reserva alguna sobre incumplimientos previos y reclamaciones pendientes. De otro lado, al haberse acreditado el incumplimiento del **FONADE** por el descuento injustificado realizado al acta 18, y por la falta de pago oportuno del acta parcial de obra Nro. 19, no puede considerarse a la convocada como parte cumplida.

No sobra advertir que las comunicaciones de la interventoría de enero 18 de 2017 (oficio OC-BNN-2016-420) y de enero 24 de 2017 (oficio OC-BNV-427) mediante las cuales solicitan al **CONSORCIO** la presentación de los comprobantes de pago de la seguridad social, por sí solas, no acreditan un incumplimiento efectivo de la convocante en el pago de la seguridad social.

De igual manera, la comunicación OC-BNV-2016-0435 del **CONSORCIO** del 31 de enero de 2017, faltando sólo 4 días para la terminación del contrato, indicando su preocupación de que se hubiera retirado de la obra el 11% de los trabajadores del **CONSORCIO**, por sí sola, tampoco prueba que el contratista incumplió con su deber de mantener al personal mínimo previsto en el contrato, pues no aparece la relación de los mismos, el cargo, el número de trabajadores que quedaron, ni la fecha de salida.

11.5. EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES Y POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

Con relación a la excepción de mérito denominada inepta demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones (excepción Nro. 4.5) deberá resolverse negativamente, pues tales oposiciones son propias de una excepción previa tal como se dispone en el artículo 100, numeral 5º del Código General del Proceso; vicio que debió haberse formulado por la vía del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda inicial y/o de la demanda de reconvención y resulta que la parte convocada dejó vencer los términos, en ambas oportunidades, sin formular recurso alguno. Por tanto, cualquier posible irregularidad al respecto se entiende saneada, a la luz de lo previsto en el artículo 135 del Código General del Proceso.

11.6. EXCEPCIÓN SOBRE EL SUPUESTO CONFLICTO DE INTERÉS ALUDIDO O INEXISTENCIA DE CONFLICTO DE INTERÉS

Esta excepción sería la única que se abriría camino, pero al no tener la virtualidad de obtenerse un fallo absolutorio, debido a que solamente se refiere a uno de los múltiples incumplimientos alegados en la demanda y probados en el proceso, realmente no alcanza la entidad propia de una excepción de mérito, por lo que será negada.

12. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Con respecto al juramento estimatorio y la solicitud de aplicación de la multa establecida en el artículo 106 del Código General del Proceso equivalente al 10% del valor de los perjuicios tasados, el **FONADE** alega, en primer término, que el valor de la cláusula penal reclamada en la demanda reformada, por la suma de \$6.893.921,85, no puede tenerse en cuenta, debido a que en la cláusula novena solamente se determinó la causación de dicha cláusula penal pecuniaria, en favor del **FONADE**, y no en favor del contratista.

Según la convocada, al desestimar el valor de la cláusula penal incluido en el juramento estimatorio, ya se incurre en la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, puesto que el valor pretendido por cláusula penal, corresponde a más del 50% del valor de los perjuicios reclamados.

Al respecto, reitera el Tribunal que el convocante si tiene derecho a reclamar dicha condena en su favor como ya se explicó, y el valor de la cláusula penal consignado en el juramento estimatorio, efectivamente corresponde al previsto en el contrato, por lo que no puede afirmarse que su valor no fue debidamente acreditado o probado. Cosa diferente es que el Tribunal, oficiosamente, haya procedido a reducir su valor.

Por tanto, la sumatoria del valor de la cláusula penal estimado en el juramento estimatorio, más las sumas por condena en perjuicios, en contra del **FONADE** supera ampliamente el umbral del 50% previsto en el artículo 206 CGP., por lo que no hay lugar a imponer sanción alguna.

De otra parte, si alguna duda quedare, estima este Tribunal que la sanción del 10% prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, cuando la cantidad estimada exceda en más de un 50% a la probada, no opera de manera automática, como ya lo ha dicho la jurisprudencia, pues se debe acreditar la temeridad y mala fe del demandante:

“No debe perderse de vista que, por más razonada que fuere esta estimación, tiene su fundamento cardinal en aquellas consideraciones subjetivas de la parte que se dice haber sufrido el perjuicio, que no en medios de prueba que tengan por objeto su demostración. Así las cosas, en la perspectiva del proceso son dos momentos diferentes: (i) la estimación jurada, en la demanda; y, (ii) la decisión de la objeción a la estimación con apoyo en los elementos de convicción obrantes al proceso, en la

sentencia. Desde luego que cuando de los procesos declarativos se trata, cuyas pretensiones de suyo son discutibles, los efectos probatorios del juramento están doblemente condicionados; esto es, en primer lugar al reconocimiento del derecho sustantivo a la indemnización, y, en segundo término, a que no exista objeción de la parte frente a quien se aduce, o, en su caso, a la intervención de juez cuando a ello hubiere lugar. De lo anterior fluye que la sanción prevista para aquella diferencia de tal entidad prevenida en la ley, no es, como no puede serlo, objetiva, sino que dado su carácter sancionatorio es de restrictiva aplicación apoyada en cada caso concreto en evidencia de la temeridad o mala fe en la estimación porque, además, la estimación que hace la parte y la fijación que haga el juez en la sentencia en caso de objeción, aparece incuestionablemente con soportes jurídicos diferentes, como se anotó.

“En el marco jurídico anterior es dable concluir que atendida la complejidad del asunto sometido al conocimiento del Tribunal, de todo lo debatido en esta instancia, e independientemente de la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, no se encuentran elementos de juicio que indiquen inequívocamente conducta temeraria alguna que en su caso hubiere determinado la aplicación de la sanción prevenida por el artículo 206 del C.G.P”. (Tribunal Arbitral de Termotécnica Coindustrial S.A.S. vs. Cepsa Colombia S.A., Laudo del 18 de enero de 2018. Árbitros. Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Carlos Ignacio Jaramillo y Luis Augusto Cangrejo Cobos).

13. DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR CONSORCIO SAN ANTONIO

Teniendo en cuenta todo lo expuesto con anterioridad, procede el Tribunal a motivar lo que corresponda con respecto a las pretensiones de la demanda en el mismo orden en que fueron propuestas.

1. Con respecto a la pretensión 1º, consistente en la celebración del contrato de obra Nro. 2151046 se declara su prosperidad por encontrarse plenamente acreditada tal relación sustantiva;
2. Igualmente se declara prospera la pretensión 2º, en la medida que este Tribunal ha concluido que el **FONADE** incumplió el referido contrato de obra por violación de los artículos 830 y 871 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil,
3. En relación a la pretensión tercera, debido a la purga mutua de los incumplimientos, no es posible declarar que el **FONADE** incumplió el contrato por razón de los estudios y diseños suministrados al contratista;
4. Por las mismas razones expuestas al punto anterior, tampoco se podrá declarar que el **FONADE** incumplió con el principio de planeación, por lo que se negará la pretensión Nro. 04º;
5. Tampoco resulta procedente declarar que el **FONADE** indujo a error al Consorcio al entregarle unos estudios y diseños que no cumplían con los requisitos técnicos, debido a que no hubo prueba

alguna que sustente el supuesto vicio del consentimiento, y en todo caso, tal incumplimiento también se entiende condonado.

6. Con respecto a la contratación de Serinco como interventor del contrato, ya se dijo que no existe norma específica que determine la inhabilidad alegada por el Consorcio, por lo que se niega la pretensión Nro. 06;

7. El supuesto incumplimiento del **FONADE** al negarse a conceder la prórroga solicitada por el Consorcio el 11 de enero de 2017, tampoco se declara, pues al respecto el Tribunal ha considerado que actuó de mala fe el Consorcio, al solicitar tal prórroga, pero después de aceptar la modificación contractual Nro. 03, por lo que se negará la pretensión 7º que así lo reclama;

8. En relación, a la pretensión Nro. 8º, por tratarse de una pretensión consecuencial y dependiente de la pretensión Nro. 7º, también habrá de negarse, como consecuencia de la improsperidad de la referida pretensión Nro. 7º.

9. Como se advirtió previamente, el Tribunal ha considerado que el interventor no incurrió en conflicto de interés, por lo que no es procedente declarar la nulidad de los actos jurídicos impugnados en la pretensión Nro. 9º.

10. Debido a que no se probó la falta de competencia de la Dra. Carolina Ramírez Santamaría al expedir diferentes pronunciamientos contractuales de Derecho Privado, relacionados con el contrato de obra Nro. 2151046, tampoco prospera la pretensión Nro. 10;

11. Teniendo en cuenta que el Tribunal ha considerado que la declaratoria de incumplimiento contractual consignada en el acta de octubre 03 de 2017, fue ilegal, prospera la pretensión Nro. 11;

12. Puesto que la declaratoria de ilegalidad de la declaratoria unilateral de incumplimiento contenida en el acta de octubre 03 de 2017, no se fundamentó por vicios en el procedimiento, no prospera esta pretensión;

13. Como lo explicó el Tribunal, la expedición del acta de liquidación unilateral se realizó dentro del término contractual, por lo que se niega la pretensión Nro. 13;

14. Al haberse declarado la ilegalidad del acta de liquidación unilateral expedida por el **FONADE**, resulta procedente la liquidación judicial del contrato, por lo que prospera la pretensión Nro. 14;

15. La pretensión Nro. 15 es consecuencial a la previa declaración de nulidad solicitada en las pretensiones 9 y 10, las cuales se negaron, por lo que tampoco prospera la pretensión Nro. 15;

16. La pretensión Nro. 16 prospera parcialmente, en la medida que los daños probados en este proceso, una vez hechas las compensaciones del caso, solamente ascienden a la suma de \$267.256.264;

17. La pretensión Nro. 17, relacionada con las condenas económicas, como consecuencia de los incumplimientos contractuales del **FONADE**, también prospera parcialmente, según las siguientes consideraciones:

Literal A). Prospera solamente la obligación de pago del valor correspondiente al acta Nro. 19, pues no se probó lo relativo al acta Nro. 20. En todo caso, como lo determino el Tribunal al efectuar la liquidación judicial, el valor correspondiente al acta Nro. 19 se compensa con el valor adeudado por el Consorcio al **FONADE**, por razón del anticipo no amortizado.

Literal B). Se niega esta pretensión por cuanto no se allegó prueba alguna que demuestre la causación del 5% aquí reclamado.

Literal C). Esta pretensión prospera parcialmente, en la medida que el Tribunal ha considerado que, una vez reducida equitativamente el valor de la cláusula penal pecuniaria, la suma a condenar asciende solamente a \$304.710.878.00

Literal D). Debido a que no se probó la suma reclamada por concepto del traslado de líneas eléctricas, acueducto y alcantarillado, se negará esta petición.

Literal E). Tampoco se probó la mayor permanencia en la obra, ni los gastos realizados por dicho concepto, por lo que se negará esta pretensión.

Efectivamente, con respecto a las sumas reclamadas por mayor permanencia en la obra, no existe ninguna prueba que acredite la orden del **FONADE** para que el **CONSORCIO** permaneciera en la obra con su personal, maquinaria y equipos, una vez terminando el contrato en febrero 04 de 2017, como tampoco existen pruebas que soporten, en forma discriminada, el valor, tiempo y causación de cada uno de los rubros reclamados y su relación, para una suma total de \$1.951.008.138.00. Es más, ni siquiera existe explicación alguna u operación matemática mediante la cual el consorcio indique como obtuvo dicha suma total.

Literal F). Con respecto a la suma reclamada por razón de gastos efectuados entre el 4 de febrero de 2017 al 10 de septiembre de 2017, tampoco fueron probados debidamente. Además, por corresponder a una fecha posterior a la terminación del contrato, tampoco se acreditó ningún nexo causal que permitiera establecer la obligación de permanecer en la obra, hasta septiembre de 2017.

Se reitera, en relación a la reclamación del literal (F) relativa a los gastos originados entre febrero 14 y septiembre 10 de 2017, por personal administrativo del **CONSORCIO**, servicios públicos, oficina

central y vigilancia de la obra, tampoco existe prueba alguna con la cual se acredite que el **CONSORCIO** permaneció durante ese lapso adicional de tiempo por orden y petición del **FONADE**, y menos, existen pruebas que acrediten y soporten los gastos reclamados para cada uno de estos rublos. En referencia al asunto, lo único que existe es un e-mail de julio de 2017, remitido por el **CONSORCIO** a Ángela María Lombana informando que la vigilancia iba a terminar el 31 de julio de 2017 y que, por lo tanto: *“Agradecemos su profesional comportamiento en esta situación, pero como les hemos indicado el Consorcio no puede seguir asumiendo unos costos de vigilancia que hasta el momento el Fonade no quiere reconocer ni pagar...”*.

Al e-mail anterior contesta la ingeniera Ángela María Lombana en agosto de 2017, remitiendo copia del correo electrónico del 01 de agosto, mediante el cual la empresa de vigilancia les informa la deuda que tiene el **CONSORCIO** correspondiente a 8 facturas por tal motivo, e igualmente se dice: *“En virtud de lo anterior y acorde con la conversación telefónica de esta semana, entre los representantes del **FONADE** y del Consorcio San Antonio, agradecemos se coordinen las acciones tendientes a garantizar la vigilancia del predio en el marco de lo conversado y acordado”*.(Ver folio 53 del cuaderno denominado “Relación de Comunicaciones Electrónicas”)

De las comunicaciones anteriores no puede inferirse cuál fue el acuerdo entre las partes con respecto a la celaduría, su valor, el término del mismo y las demás circunstancias que permitan al Tribunal hacer condena alguna, lo único que parece claro es que el **FONADE** no le reconoce al contratista ningún costo o gasto relacionado con la vigilancia, lo que acredita que no hubo acuerdo al respecto. Lo anterior sin olvidar que nada se probó con al personal administrativo del **CONSORCIO**, servicios públicos, oficina central, y las sumas pretendidas por cada uno de estos ítems.

14. COSTAS

Los gastos y expensas del presente proceso fueron los siguientes:

CONCEPTO	VALOR
Gastos Iniciales de Presentación de la Demanda (incluido IVA)	\$1.755.730.00
Honorarios y Gastos decretados por el Tribunal (incluido IVA)	\$980.402.160.00
Honorarios del Perito Antonio Vargas Del Valle (incluido IVA)	\$89.250.000.00
Gastos del Perito Antonio Vargas Del Valle	\$15.000.000.00
TOTAL	\$1.086.407.890.00

Tales gastos fueron asumidos íntegramente por la parte demandante.

Tomando en cuenta la decisión del Tribunal respecto de la prosperidad de las pretensiones de la Demanda Reformada y de las excepciones formuladas por la entidad demandada, como ha quedado señalado en la parte motiva anterior, el Tribunal condenará al Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE al pago del 25% de las costas del proceso, de acuerdo con lo previsto en el

numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso. Por la misma causa, el Tribunal no dispondrá reconocimiento de agencias en derecho.

Para el efecto, se ordenará que dicha sociedad pague al Consorcio San Antonio el equivalente al 25% de los honorarios y gastos de este proceso antes relacionados, es decir, la suma de \$271.601.973.00 y a este monto equivaldrá su condena en costas.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre Colcivil S.A., Consorcio San Antonio y Cycasa Canteras y Construcciones S.A., de una parte, y Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade, de la otra, habilitado por las partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Negar todas las excepciones propuestas por el Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Declarar que entre el Consorcio San Antonio, integrado por Cycasa Canteras y Construcciones S.A. y Colcivil S.A. y, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE se celebró el Contrato de Obra No. 2151046 de fecha 17 de abril de 2015, cuyo objeto es: *“Actualización, ajuste y/o complementación de los estudios y diseños eléctricos (sistema de sonido, tv, iluminación, normal, regulado, apantallamiento, puesta a tierra, diseño de cableado estructurado para voz y datos) y ejecución de obras para construcción de la Institución Educativa San Antonio en el Distrito de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca”*, por las razones expresadas en la parte motiva de este laudo; por lo que prospera la pretensión primera de la demanda reformada.

Tercero: Declarar que el Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE incumplió el Contrato de Obra No. 2151046 de fecha 17 de abril de 2015, celebrado con el Consorcio San Antonio, por las razones expresadas en la parte motiva de este laudo; por lo que en este sentido prospera la pretensión segunda de la demanda reformada.

Cuarto: Declarar que el Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE incumplió el Contrato de Obra No. 2151046 de fecha 17 de abril de 2015, celebrado con el Consorcio San Antonio, al efectuar una declaratoria de incumplimiento contractual en forma ilegal y contraria a las reglas de participación al contrato y a la Constitución Nacional, y sin la existencia de los presupuestos legales, fácticos y probatorios para haberlo hecho, con base en las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia, por lo que en este sentido prospera la pretensión décima primera de la demanda reformada.

Quinto: Realizar la liquidación del Contrato de Obra No. 2151046 de fecha 17 de abril de 2015, celebrado entre el Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE y el Consorcio San Antonio, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia. En este sentido prospera la pretensión décimo cuarta de la demanda reformada.

Sexto: Consecuencialmente a la anterior declaración disponer que el Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE pague al Consorcio San Antonio la suma de doscientos sesenta y

siete millones doscientos cincuenta y seis mil doscientos sesenta y cuatro pesos (\$267.256.264), como remanente final a su favor de la liquidación del Contrato de Obra No. 2151046 de fecha 17 de abril de 2015, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

Séptimo: Declarar que el Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE debe resarcir los daños y perjuicios causados al Consorcio San Antonio y a sus integrantes, como consecuencia del incumplimiento contractual, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia. En este sentido prospera la pretensión décima sexta de la demanda reformada.

Octavo: Condenar al Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE a pagar al Consorcio San Antonio la suma de trescientos cuatro millones setecientos diez mil ochocientos setenta y ocho pesos (\$304.710.878) a título de cláusula penal, por las razones expuestas en la parte motiva, por lo que prospera lo reclamado en el literal C de la pretensión décimo séptima de la demanda reformada. Los demás literales de esta pretensión no prosperan por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

Noveno: Negar las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima segunda, décima tercera y décima quinta de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo: Declarar que no hay lugar a aplicar al Consorcio San Antonio ni a sus integrantes la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

Undécimo: Condenar al Fondo Financiero para Proyectos de Desarrollo FONADE a pagar al Consorcio San Antonio, la suma de doscientos setenta y un millones seiscientos un mil novecientos setenta y tres pesos (\$271.601.973), por concepto de costas, que deberá cancelar dentro del término de cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo, por las razones expuestas en la parte motiva.

Duodécimo: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente a los árbitros y la secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a la Parte Convocante y Convocada en proporciones iguales, quienes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el cincuenta por ciento (50%) de sus honorarios.

Decimotercero: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y la secretaria, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

Decimocuarto: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

Decimoquinto: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese,

JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY
Presidente

JOHN JAIRO MORALES ÁLZATE
Árbitro

LISANDRO PEÑA NOSSA
Árbitro

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria